ULB UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES, UNIVERSITÉ D'EUROPE

DIGITHÈQUE
Université libre de Bruxelles

G. Vandersanden, éd., *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis, vol. II*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003.

http://digistore.bib.ulb.ac.be/2007/a673706_002_o.pdf

Cette œuvre littéraire est soumise à la législation belge en matière de droit d'auteur.

Elle a été publiée par les
Editions de l'Université de Bruxelles
http://www.editions-universite-bruxelles.be/

Les règles d'utilisation de la présente copie numérique de cette œuvre sont visibles sur la dernière page de ce document.

L'ensemble des documents numérisés mis à disposition par les bibliothèques de l'ULB sont accessibles à partir du site
http://digitheque.ulb.ac.be/

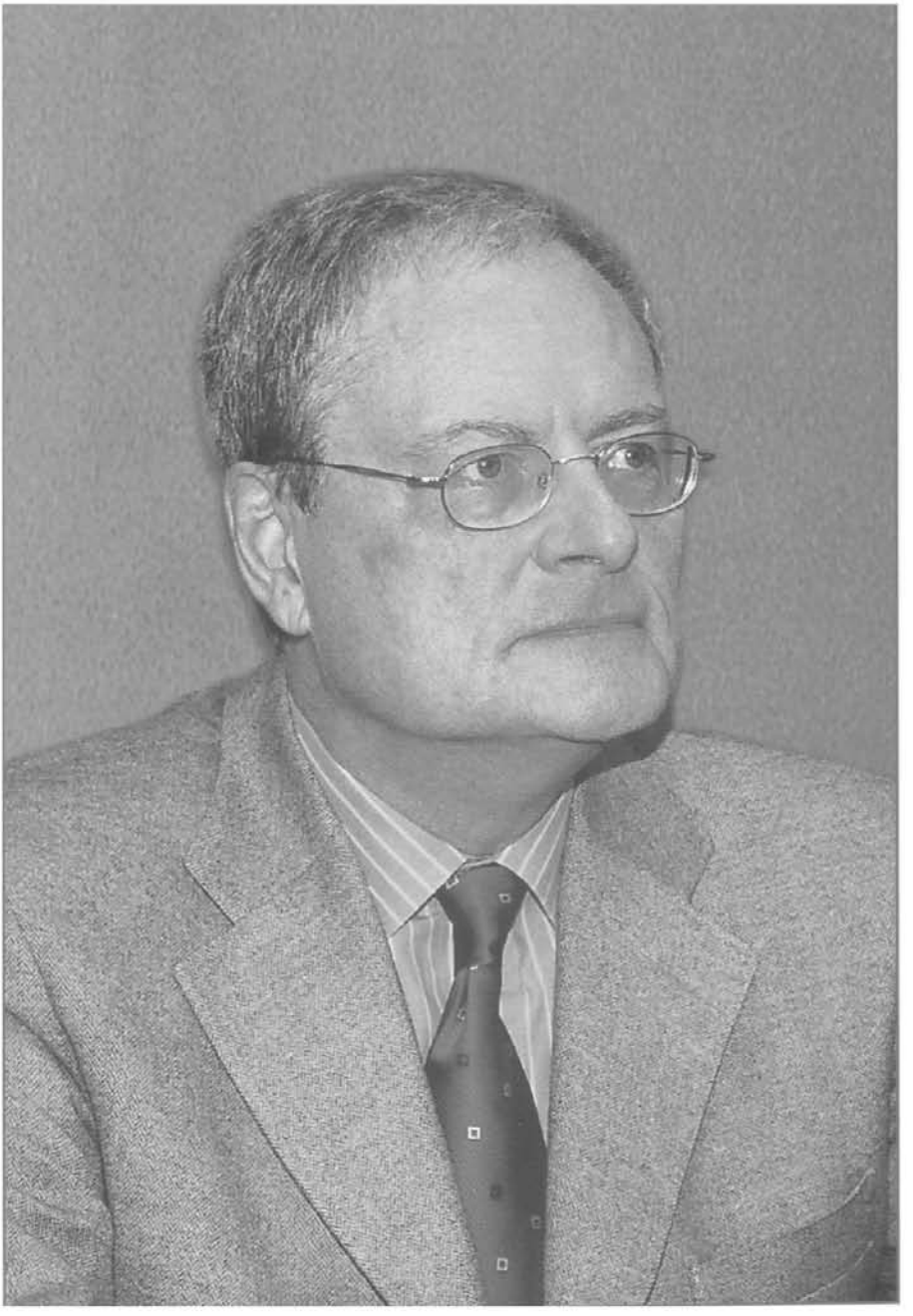
INSTITUT D'ETUDES EUROPEENNES

MELANGES EN HOMMAGE A JEAN-VICTOR LOUIS

VOLUME II

EDITIONS DE L'UNIVERSITE LIBRE DE BRUXELLES

Photo prise lors de la conference internationale « El Gobierno de Europa », Universidad San Pablo-CEU de Madrid, 23-25 janvier 2002



MELANGES EN HOMMAGE A

JEAN-VICTOR LOUIS

COMITE D'INITIATIVE

ALINE DE WALSCHE,
adjointe du directeur de l'Institut d'études européennes, chargée de la recherche interdisciplinaire et des relations publiques et internationales

MARIANNE DONY,
directeur des recherches juridiques à l'Institut d'études européennes, professeur à l'Université libre de Bruxelles

PAUL MAGNETTE,
directeur de l'Institut d'études européennes, professeur à l'Université libre de Bruxelles

ERIC REMACLE,
directeur du centre de recherche Pôle Bernheim sur la Paix et la Citoyenneté, professeur à l'Université libre de Bruxelles

MICHEL VANDEN ABEELE,
vice-président de l'Institut d'études européennes, directeur général à la Commission européenne

GEORGES VANDERSANDEN,
avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, professeur à l'Université libre de Bruxelles

MICHEL WAELBROECK,
avocat honoraire au barreau de Bruxelles et professeur honoraire à l'Université libre de Bruxelles

MELANGES EN HOMMAGE A

JEAN-VICTOR LOUIS

La rédaction de l'ouvrage a été coordonnée par GEORGES VANDERSANDEN
avec la collaboration d'ALINE DE WALSCHE

VOLUME II

ISBN 2-8004-1316-6
D/2003/0171/14

© 2003 by Editions de l'Université de Bruxelles
Avenue Paul Héger 26 - 1000 Bruxelles (Belgique)

EDITIONS@admin.ulb.ac.be
http://www.editions-universite-bruxelles.be
Imprimé en Belgique

Avant-propos

Il n'est pas facile de résumer en quelques pages l'activité d'un homme comme Jean-Victor Louis. S'il est vrai que celle-ci s'est principalement concentrée sur la scène européenne, la multiplicité des domaines dans lesquels elle s'est exercée de même que la variété des moyens utilisés pour la mener à bien rendent toute description exhaustive très difficile.

Nommé aspirant du Fonds national de la recherche scientifique en 1962, il s'oriente d'emblée vers l'étude de l'ordre juridique communautaire. Ses efforts aboutissent à la publication, en 1969, d'une thèse d'agrégation, couronnée du Grand Prix Emile Bernheim, intitulée « Les règlements de la Communauté économique européenne ». Il s'agit du premier ouvrage en langue française dans lequel sont étudiés, de manière complète, tant la procédure d'élaboration des règlements que les limites de leur champ d'application, le contrôle juridictionnel auquel ils sont soumis et leurs effets juridiques – au premier rang desquels il faut ranger l'applicabilité directe. Malgré la rapidité avec laquelle le droit européen évolue, de nombreux développements de cet ouvrage demeurent d'actualité aujourd'hui.

Tout au long de sa carrière, il continue de consacrer son attention à l'ordre juridique communautaire. Il s'agit d'un des enseignements qui, dès 1971, lui sont confiés à l'Institut d'Etudes européennes. Dans ses publications, il fait preuve de hardiesse. Ainsi, il plaide en faveur de la reconnaissance de l'effet direct des directives plusieurs années avant les premiers arrêts de la Cour de justice en ce sens. Il salue les arrêts des cours suprêmes nationales qui, en Belgique, en France et en Italie, reconnaissent la primauté du droit communautaire sur la loi interne et critique tant la Cour constitutionnelle d'Allemagne que la Cour d'arbitrage de Belgique pour n'avoir pas reconnu cette primauté à l'égard du droit constitutionnel.

De par sa formation, Jean-Victor Louis est internationaliste. Les problèmes suscités, tant dans l'ordre communautaire que dans l'ordre international, par l'apparition des Communautés européennes sur la scène internationale ne tardent pas à attirer son attention. Son enseignement intitulé « Droit des relations extérieures des Communautés européennes », son activité, en collaboration avec les professeurs John H. Jackson et Mitsuo Matsushita, dans le cadre d'une recherche internationale d'envergure consacrée à la mise en œuvre du Tokyo Round, tout comme sa participation au volume 12 du *Commentaire J. Mégret* consacré à cette matière, enfin ses nombreux articles sur ce sujet, témoignent de la même conception ample – et réaliste – des prérogatives à reconnaître aux institutions communautaires dans ce domaine.

Nommé en 1965 assistant du professeur W.-J. Ganshof van der Meersch pour le cours d'« Organisations européennes », il vouera toujours une reconnaissance admirative à ce maître incomparable. Longtemps cheville ouvrière de l'Institut d'Etudes européennes fondé par ce dernier, Jean-Victor Louis en deviendra président en 1980 et le restera jusqu'en 1992. Ceci lui donnera la possibilité de promouvoir sa vision dynamique de la construction européenne par l'organisation de colloques et de recherches, continuant ainsi brillamment l'œuvre amorcée par le président Ganshof. C'est ainsi qu'il s'est attaché à talonner les progrès des Conseils européens successifs dans le cheminement vers l'Acte unique, puis vers le traité de Maastricht, par l'organisation, en coopération avec le Groupe d'études politiques européennes dont il était vice-président, de journées d'études permettant l'interaction, en prise directe sur l'actualité, entre le processus politique et la réflexion académique. Il veillait à ce que, dans un temps record, les comptes rendus de ces journées soient publiés.

Mais son activité en faveur de l'Europe s'est poursuivie également dans d'autres enceintes, qu'il s'agisse du Mouvement européen, du Comité d'action Altiero Spinelli pour l'Union européenne, du Groupe d'experts juridiques de la commission institutionnelle du Parlement européen pour la préparation du projet de constitution européenne, connu sous le nom de projet Herman, et enfin par son enseignement et ses recherches à l'Institut universitaire européen de Florence. Tout récemment, il co-présidait, avec le président du Sénat de Belgique, une journée d'études sur « Les finalités de l'Union européenne » et était entendu par le groupe de travail sur la personnalité juridique de l'Union créée par la Convention européenne.

On ne saurait parler de l'engagement européen de Jean-Victor Louis sans évoquer son activité à la Banque nationale de Belgique, où il allait entrer en 1972 en qualité de conseiller juridique et dont il se retirerait en 1998 en tant que conseiller de la direction.

La longue marche de l'Europe vers l'Union économique et monétaire s'est amorcée à peu près au moment où il rejoignait la Banque nationale, et allait s'attacher à servir celle-ci comme celle-là de toutes les forces de son savoir, de sa conviction et de son autorité.

Cette marche n'a pas été sans échecs ni reculs. Soucieux comme il l'était du prestige et du respect des institutions, Jean-Victor Louis déplorait que les banques centrales n'aient fait qu'une coquille vide du Fonds européen de coopération monétaire créé à l'instigation du sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de

Paris, en 1972, comme il devait regretter l'échec du passage à la phase institutionnelle du Système monétaire européen, en 1982, pourtant inscrit dans les textes fondateurs.

Certains, à la Banque, le soupçonnaient injustement de placer les intérêts de l'Europe avant ceux de la Banque, mais n'en respectaient pas moins son autorité. Il avait, par exemple, dirigé avec dévouement, scrupule et intégrité les travaux gargantuesques destinés à identifier, parmi tous les emplois offerts par la Banque, ceux que la législation européenne permettait de réserver aux nationaux et ceux qui devaient être ouverts aux ressortissants de la Communauté européenne.

C'est encore lui qui, avec le concours d'un groupe privé d'origine lyonnaise et de quelques banquiers centraux agissant à titre personnel, a présidé à la rédaction d'un projet de statuts du futur Système européen de banques centrales, qui devait se révéler précieux pour le même exercice entrepris peu après, mais cette fois à titre officiel, par le Comité des gouverneurs des Banques centrales des Etats membres de la Communauté. Le projet de Jean-Victor Louis constitue donc, en quelque sorte, le grand-père des statuts actuels de la Banque centrale européenne. Ce travail est d'ailleurs salué dans l'ouvrage de référence de Daniel Gros et Niels Thygesen racontant le parcours de l'intégration monétaire européenne [1].

On ne saurait passer sous silence la contribution de Jean-Victor Louis aux *Cahiers de droit européen* – laquelle se poursuit en la personne de l'un de ses fils. Les « *Cahiers* », comme on en est venu à les appeler familièrement, n'ont pas tardé à s'affirmer, grâce à la collaboration entre Jean-Victor Louis et Léon Goffin, comme une des plus prestigieuses revues consacrées à l'évolution du droit européen. De même, il convient de mentionner la participation de Jean-Victor Louis au comité de direction du *Commentaire J. Mégret*, où la clarté et la fermeté de ses avis sont toujours fort écoutés.

L'apport de Jean-Victor Louis à l'édification de l'Europe est généralement reconnu, tant en Belgique qu'au-delà de nos frontières, ainsi qu'en témoignent les nombreux enseignements qu'il a été amené à faire dans des universités et instituts universitaires étrangers, de même que l'attribution en 2001 du titre de docteur *honoris causa* de l'Université de Paris II.

Deux de ses fils, Pierre Manuel et Frédéric, l'ont suivi dans la voie du droit européen, où ils réalisent de brillantes carrières comme avocats au sein de firmes prestigieuses, tout en continuant à manifester un vif intérêt pour les aspects les plus fondamentaux de leur discipline.

Comment enfin ne pas évoquer ses nombreux contacts avec l'Espagne, patrie de son épouse, Maria Rosa. Grâce à eux, et ce dès avant la chute du franquisme, la connaissance du droit européen s'est répandue dans ce pays. C'est ainsi que les *Cahiers de droit européen* publiaient, dès 1976, un article de l'actuel président de la Cour de justice, le professeur G.-C. Rodríguez Iglesias, sur les monopoles nationaux à caractère commercial. C'est ainsi de même qu'aujourd'hui encore de nombreux étudiants provenant de la péninsule ibérique sont amenés à suivre les cours de maîtrise dispensés par l'Institut d'Etudes européennes.

Pour conclure, on ne saurait trop insister sur la contribution de Jean-Victor Louis à la continuation de l'œuvre de Jean Monnet. Il n'a cessé d'être présent dans toutes les avancées de la construction européenne, ou même plutôt de les devancer. Précurseur,

animateur, inspirateur, il a fait tous les métiers en les servant de la force de ses convictions.

Jean-Jacques REY Michel WAELBROECK

Note

[1] Daniel GROS et Niels THYGESEN, *European Monetary Integration*, Londres, Longman, 1992.

Notice biographique et bibliographique

Jean-Victor Louis
Né à Uccle (Belgique), le 10 janvier 1938
Professeur émérite (septembre 2003) de l'Université libre de Bruxelles (ULB)

Titres universitaires

– De l'Université libre de Bruxelles :

  Docteur en droit
  Licencié spécial en droit international
  Agrégé de l'enseignement supérieur en droit des gens (avec une thèse sur « Les Règlements de la Communauté économique européenne », publiée aux Presses universitaires de Bruxelles, 1969, XXXVII + 512 p. et couronnée par le Grand Prix européen Emile Bernheim).

– Du Centre européen universitaire de Nancy :

  Diplômé d'études supérieures européennes

Carrière universitaire

– Aspirant du Fonds National de la Recherche Scientifique (1962-1965).
– Assistant à l'Institut d'Etudes européennes de l'ULB (1965-1971).
– Secrétaire (1967-1971), directeur (1971-1972), directeur de recherches (1977-1980) et président de l'Institut d'Etudes européennes de l'ULB (1980-1992).
– Suppléant (1969-1971), chargé de cours (1971-1972), professeur extraordinaire (1973-1978) autorisé à porter le titre de professeur ordinaire (1978-) à l'ULB pour les cours d'Organisations européennes (jusqu'à 1990), d'Ordre juridique des

Communautés européennes (1971-1998), et de Droit des Relations extérieures des Communautés européennes (1971-2003).

– Professeur invité, Universités de Paris I-Panthéon-Sorbonne (1986-1987), (1995-1996) (de 1997-1998 à 2002-2003), Bordeaux IV-Montesquieu (1994-1995 et 2001-2002), Nice-Sophia-Antipolis (1992-1993), Robert Schuman de Strasbourg (1999-2000), Paris II-Panthéon-Assas (2002-2003).
– *Visiting scholar*, Woodrow Wilson Center for International Scholars, Smithsonian Institute, Washington, septembre 1988.
– *Visiting Professor*, Columbia University Law School (*European Law seminar*) New York, janvier-février 2002.
– Professeur à temps partiel à l'Institut universitaire européen de Florence (1998-2002), rattaché au Département de Droit et au Centre Robert Schuman.
– Directeur du projet « Euro Spectator », un groupe d'étude sur la mise en œuvre de l'euro de 1999 à 2002 dans les Etats membres et les réactions dans les Etats non participants.
– Membre du conseil scientifique international de « Grenoble, pôle universitaire et scientifique » (2000-). Réunion annuelle d'évaluation des projets de recherche des universités et centres de recherche affiliés au Pôle.
– Cours, conférences, rapports de colloques et séminaires à Bogota (programme extérieur de l'Académie de droit international de La Haye, 1969), Caracas, Montréal, Ann Arbor (Mich.), New York, Washington, Amsterdam, Maastricht, Valencia, Barcelone, Bilbao, Alicante, Grenade, Badajoz, El Escorial, Séville, Santander (Universidad Menendez Pelayo), Naples, Milan, Macerata, Bologne, Rome, Athènes, Thessalonique, Lisbonne, Genève, Louvain, Bruges, Helsinki, Edimbourg, Bordeaux, Dijon, Strasbourg, Moscou, Saint-Pétersbourg, Cologne, Francfort, Copenhague, Helsinki, etc.
– Membre du conseil scientifique et du comité consultatif de la *Revue belge de droit international*, de la *Revue d'intégration européenne*, de la *Revue hellénique de droit européen*, de la *Gaceta juridica de la Unión Europea y de la Competencia*, de l'Instituut voor Financieel Recht (Gent) et du Centro Studi sul Federalismo (Turin).

Autres activités professionnelles

– Conseiller (mi-temps) auprès du service juridique de la Banque nationale de Belgique (1972-1976) ; puis, conseiller au service juridique, avec le titre d'inspecteur général (1976-1985), chef du service juridique (1980-1997), avec le titre de sous-directeur (1986-1989), puis de conseiller de la direction (1989-1998). Participation à des négociations et à des réunions dans le cadre d'organisations internationales et européennes, en particulier, au sein de la Commission et du Conseil de l'Union européenne, du Comité des gouverneurs des Etats membres de la Communauté européenne, de l'Institut monétaire européen en tant que membre du Working Group of Legal Experts (1994-1998) chargé de contribuer à la mise en place de la troisième phase de l'Union économique et monétaire mais aussi au sein de l'OCDE (négociations relatives au Fonds de soutien financier de l'OCDE, 1975), du FMI, de la BRI, du Groupe des Dix, etc.

– Conseiller juridique honoraire de la Banque nationale de Belgique depuis 1998.
– Membre du panel d'experts indépendants, désigné par la Banque centrale européenne, pour la solution de différends éventuels entre la BCE et les banques centrales nationales (1999-).

Autres activités

– Rédacteur en chef (2002-) des *Cahiers de Droit européen*, revue bimestrielle, créée en 1965, Bruylant, Bruxelles.
– Président (2002-) de la Fondation Philippe Wiener-Maurice Anspach, chargée de promouvoir les relations culturelles entre les Universités de Bruxelles, Cambridge et Oxford.
– Vice-président et, depuis 1998, président du Groupe d'Etudes politiques européennes (GEPE/SEP), partenaire belge de Trans European Policy Studies Association (TEPSA), membre du Board de TEPSA.
– Administrateur (1986-1998) du Centre de Promotion et de Recherche pour la monnaie européenne (CEPREM) de Lyon, devenu l'Institut de l'écu puis de l'euro. Président du comité scientifique de cet institut et du Groupe de travail « Système européen de Banques centrales ».
– Co-directeur (avec M. Waelbroeck, J.-L. Dewost, G. Vandersanden et D. Vignes) et auteur du Commentaire fondé par Jacques Mégret, *Le Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, 15 volumes, collaboration à plusieurs volumes.
– Activités en rapport avec la construction de l'avenir constitutionnel de l'Union européenne. Sont mentionnés ici spécialement : association à la préparation du projet Spinelli (1983-1984), membre fondateur du comité d'action Altiero Spinelli pour l'Union européenne (1986), membre du Groupe d'experts juridiques de la commission institutionnelle du Parlement européen (avec les professeurs Capotorti, García de Enterría, Hilf et Weiler), pour la préparation du projet de constitution européenne, connu sous le nom de Projet Herman (1992-1994), participation à des auditions de la commission constitutionnelle du Parlement européen ; membre et rapporteur du comité de réflexion institutionnelle, présidé par Emile Noël, du Mouvement européen international (1994-1995), puis président du comité d'initiative du Mouvement (1996-1998) chargé notamment de préparer le document de base du Congrès de La Haye de 1998, participation au groupe présidé par le professeur C.D. Ehlermann sur la simplification des traités, à l'Institut universitaire européen de Florence (1996) et au groupe de travail du Collège d'Europe sur l'Europe 2020 (1999) et à l'étude réalisée par le Centre Robert Schuman, à la demande de la Commission européenne, sur la réorganisation des traités et l'élaboration d'un projet de traité fondamental (2000), président du *screening committee* d'AGORA, association chargée de promouvoir la participation du monde académique et d'instituts de recherche non universitaires à la réflexion sur l'avenir de l'Europe. Co-présidence, avec le président du Sénat de Belgique, d'une journée d'études sur « Les finalités de l'Union européenne », Sénat, 20 juin 2001. Audition (avec les professeurs J. Dashwood, A. Tizzano et M. C. Westendorp) le 10 juillet 2002, par le Groupe de travail sur la personnalité juridique, créé par la Convention européenne.

Présidence d'un groupe interuniversitaire sur la répartition des compétences au Groupe d'Etudes Politiques Européennes (2001-).

– Membre du Conseil d'administration (1970-), vice-président (1985-1986) et président (1983-1985) de l'Association belge pour le droit européen, rapporteur à plusieurs congrès de la Fédération internationale pour le droit européen, vice-président de la Société belge de droit international (jusqu'à 1997), vice-président de l'Association des juristes d'entreprise (1995-1997), membre honoraire de l'Institut belge des juristes d'entreprise (2002-).
– Membre du comité de droit monétaire international de l'International Law Association (1992-), et de la Société française pour le droit international (1975-). Membre du Jury du Prix international Elizabeth Haub pour le droit de l'environnement (1986-1992).
– Participation comme expert pour le Legal Department du Fonds Monétaire international à une mission du FMI en Lituanie, du 14 au 27 mars 2001.
– Participation au rapport sur « La politique monétaire de la Banque centrale européenne » du Conseil d'analyse économique, Paris, 2002.
– Invitation par la « European Union Studies-Japan » en tant que « Guest speaker » les 9 et 10 novembre 2002, à Kamakura et conférences aux Universités Doshisha à Kyoto, Waseda et Keio à Tokyo.
– Rapporteur au premier colloque de la « Fondation pour la stabilité monétaire », organisé à la Deutsche Bundesbank, les 5 et 6 décembre 2002.

Distinctions scientifiques

– Grand Prix européen Emile Bernheim (1969).
– Médaille de l'Université de Liège (1976).
– Prix Paul-Henri Spaak (1979) conjointement avec les co-directeurs du *Commentaire J. Mégret.*
– Docteur *honoris causa* de l'Université de Paris II (Panthéon-Assas) (2001).

Principales publications

1. Ouvrages publiés au titre de seul auteur ou avec un ou deux co-auteurs

Les règlements de la Communauté économique européenne, thèse d'agrégation, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, XXXVII + 512 p.

La politique sociale – articles 117 à 128 du traité CEE, *Droit de la Communauté économique européenne*, t. VII dirigé par J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes et M. Waelbroeck, Bruxelles, 1973, 142 + 61 p.

L'ordre juridique communautaire, Collection Perspectives européennes, Bruxelles, Luxembourg, Office des Publications des Communautés européennes, 1979, 140 p. Editions dans les langues de la Communauté européenne. 6e éd. française parue en 1993, 241 p.

Les relations extérieures (avec P. Brückner) *in Droit de la Communauté économique européenne* (précité), 1981, t. XII, 294 + 80 p.

Implementing the Tokyo Round. National Constitutions and International Economic Rules, by John H. Jackson, Jean-Victor Louis and Mitsuo Matsushita, Michigan Univ. Press, Ann Arbor, 1984, 223 p.

Del Sistema Monetario Europeo a la Unión Monetaria, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates 9, Madrid, 1988, 110 p.

Du Système monétaire européen à l'Union monétaire, Document, Commission des Communautés européennes, OPOCE, 1989, 67 pages ; 1990, 2e éd., 68 pages. Versions parues dans d'autres langues de la Communauté. Cette brochure a été rédigée sur la base de la publication en espagnol indiquée ci-dessus.

L'Union européenne et l'avenir de ses institutions, Bruxelles, 1996, 192 p. Cet ouvrage reprend des publications antérieures, en y ajoutant quelques inédits.

2. Ouvrages principaux dont la direction a été assurée par J.-V. Louis, le cas échéant en collaboration, outre le Commentaire Mégret

Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle, co-éditeur avec D. Waelbroeck, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988, 407 p. Auteur des conclusions générales, p. 357-366.

Vers un Système européen de banques centrales. Projet de dispositions organiques, Rapport d'un groupe de travail présidé par J.-V. Louis, Bruxelles, Editions de l'Université, 1989, 315 pages. Contribution sur le Federal Reserve System, p. 269-309.

La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes, co-éditeur avec D. Waelbroeck, Bruxelles, Editions de l'Université, 1989, 112 pages. Contribution sur : « La désignation de la Commission », p. 9-23.

L'Ethique des marchés financiers – Financial Markets Ethics, Actes du Colloque organisé par l'Institut d'Etudes européennes à Bruxelles les 12 et 13 février 1990, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, publié sous la direction de J.-V. Louis et de Diego Devos, 1991, VIII + 224 pages.

« Les aspects institutionnels de l'intégration monétaire », *in Intégration financière et Union monétaire européenne*, sous la direction de Paul Van den Bempt, Jean-Victor Louis et Marc Quintyn, Trans European Policy Studies Association (TEPSA), Paris, Ed. Economica, 1991, p. 211-222.

Banking Supervision in the European Community. Institutional Aspects, Rapport d'un groupe de travail présidé par J.-V. Louis, Bruxelles, 1995.

Vers une Europe différenciée ? Possibilité et limite, sous la direction de Philippe Manin et Jean-Victor Louis, Paris, Pédone, 1996. Contribution : « Quelques réflexions sur la différenciation dans l'Union européenne », p. 33 à 49.

L'euro et l'intégration européenne – The Euro and European Integration, Ed. by/sous la direction de J.-V. Louis & H. Bronkhorst, Institut de l'euro, PIE-Peter Lang, Bruxelles, 1999, 362 pp.

The Euro in the National Context, Jean-Victor Louis, ed., London, The British Institute of International and Comparative Law, 2002, 371 p.

3. Articles, contributions à des ouvrages collectifs et divers

« Les difficultés financières des Nations-Unies et les obligations des Etats membres » (sous la direction de M. J.J.A. Salmon et en collaboration avec MM. M.D. Clément, R. Dethier et autres), *Chronique de politique étrangère*, 1963, 1-2, p. 1-292.

« Le procès des diplomates français au Caire, Problèmes juridiques », *Annuaire français de droit international*, 1963, p. 231-258.

« Le droit pour les particuliers d'agir en annulation selon le traité du Marché commun », *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, 1964, p. 213-235.

« De l'exception d'illégalité dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes », *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, 1964, p. 213-235.

« L'applicabilité directe du règlement CEE, note sous Cour de justice, 11 mars 1965 », *CDE*, 1965, p. 156-167.

« Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Cy, Ltd. L'arrêt du 24 juillet 1964 de la Cour internationale de justice », *RBDI*, 1965, p. 253-278.

« L'estoppel devant la Cour internationale de Justice », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1965, p. 222-234.

« Les eaux du Jourdain », *Annuaire français de droit international*, 1965, p. 823-865.

Les mécanismes propres à assurer l'introduction du droit communautaire dans les droits nationaux, 3e colloque de la Fédération internationale pour le droit européen, Paris, 25-27 novembre 1965, Rapport belge (en collaboration avec C. Cambier, M. Waelbroeck et H. Desmet), *Association des juristes européens*, Paris, 1965, p. 1-74.

« La fusion des institutions des Communautés européennes », *Revue du Marché commun*, décembre 1966, n° 97, p. 843-856.

« Contrats de brasseries et article 85 CEE, note sous Commerce Liège, 8 mai 1967 », *CDE*, 1967, p. 549-561 (en collaboration avec X. Magnée).

« L'accession du Congo belge à l'indépendance. Problèmes de succession d'Etats dans la jurisprudence belge », *Annuaire français de droit international*, 1966, p. 731-756, Paris, 1967.

« Les décisions des représentants des gouvernements des Etats membres », *Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, n° 1173 à 1185.

« Le conflit de la règle de droit international et de la règle de droit interne », *Revue de l'Université*, 1969, n° 5, 21 p.

« Les actes des Représentants des gouvernements réunis au sein des Conseils des Communautés européennes », *Mélanges en l'honneur de R. Sayagues-Laso*, Madrid, 1969, p. 575-591.

« L'article 25*bis* de la Constitution belge », *Revue du Marché commun*, 1970, p. 410-416.

« L'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. L'arrêt du 5 février 1970 », *RBDI*, 1971, n° 1, p. 347-367.

« Droit et politique des Relations extérieures des Communautés », *CDE*, 1971, n° 1, p. 3-15.

« Les articles 48 à 51 du traité CEE (Libre circulation des travailleurs et sécurité sociale des migrants) », *in Le Droit de la Communauté économique européenne* de J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes et M. Waelbroeck, t. III, Bruxelles, 1971, p. 1-86.

« Compétence internationale et compétence interne des Communautés, note sous l'arrêt AETR », *CDE*, 1971, p. 468-490.

« L'exécutif et le législatif belges et l'intégration européenne. Session parlementaire 1968-1969 », *RBDI*, 1971, n° 2, p. 671-711.

« Compétence des Etats belges dans la mise en œuvre du règlement », *CDE*, 1971, n° 6, p. 627-640.

« L'exécutif et le législatif membres et l'intégration européenne. Session parlementaire 1969-1970 », *RBDI*, 1972, p. 568-643.

Préface à D. Paulus, *La création du Comité permanent de l'emploi des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 7-18.

« Des primes à l'abattage des vaches et de l'applicabilité directe du droit communautaire, Note sous l'arrêt Dame Leonesio », *CDE*, 1972, p. 325-347.

« Le droit belge et l'ordre juridique international », *JT*, 1972, p. 437-439.

« Ordre public et communautaire et intérêt des Etats dans la procédure en constatation de manquements », *in Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. II, Bruxelles, 1972, p. 225-239.

« Taux centraux et marges élargies. La compatibilité de la décision du 18 décembre 1971 avec les statuts du Fonds monétaire international », *Revue de la Banque*, 1972, p. 694-704.

« Droits de l'homme et élargissement des Communautés européennes », *Revue des droits de l'homme*, vol. V, n° 4, 1973, p. 675-694.

« La jurisprudence belge après vingt ans d'expérience communautaire », *JT,* 1973, p. 286 et 287.

« La Communauté et ses Etats membres », Colloque de Liège, 10-12 janvier 1973, *CDE*, 1973, n° 1, p. 116-120.

« Le Fonds européen de Coopération monétaire », *CDE*, 1973, p. 255-297.

« L'adoption du premier mandat de négociation avec l'Autriche – 2 mars 1975 », *Les Missions permanentes auprès des organisations internationales*, t. II, publié par le Centre européen de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, Bruxelles, 1973, p. 361-426.

« Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional, en las Comunidades europeas », *Derecho de la Integración*, 1973 (Buenos Aires), n° 14, p. 125-136.

« Droit communautaire et droit national en Italie, note sous Cas. 6 octobre 1972 », *CDE*, 1973, p. 591 et s.

« La primauté du droit communautaire sur la loi interne en France, observations sous Paris, 7 juillet 1973 », *JT,* 1973, p. 693 et s.

« L'ordre juridique communautaire et la Cour constitutionnelle italienne, observations sous Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973 », *JT,* 1974, p. 549 et s.

« L'exécutif et le législatif belges et l'intégration européenne, 1971-1972 », *RBDI*, 1974, p. 589-677.

« Note sous BverfG, 29 mai 1974 », *Eu GRZ*, 1974, p. 20-21.

« Les techniques d'intégration internationale et régionale dans le monde », *Rapports belges du IX^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1974, p. 321-336.

J. Rogissart et J.-V. Louis, « Observations sous Cour de justice, 4 avril 1974, aff. 167-73, *Commission c. Rép. fr.* », *CDE*, 1974, p. 577 et suiv.

« Le Fonds de Soutien financier de l'OCDE », *Studia Diplomatica*, 1975, p. 357-438.

« L'exécutif et le législatif belges et l'intégration européenne, 1972-1973 », *RBDI*, 1975, p. 595-669.

« La primauté du droit communautaire en France – Un arrêt attendu (observations sous Cass. fr., ch. mixte, 24 mai 1975) », *JT,* 1975, p. 498-501.

« Sur le thème : Recours constitutionnel et primauté du droit communautaire », *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 3229-3238.

« L'effet direct des directives », *Mélanges J. Baugniet*, Bruxelles, 1976, p. 471-486.

« Le droit de libre établissement et l'exercice du droit de reprise en matière de baux ruraux, note sous Cass. fr. 15 décembre 1975 », *JT,* 1976, p. 246.

« Lohngleichheit vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften – Anmerkung zum Defrenne – Urteil des EuGH », *Eu GRZ*, 1976, p. 178.

« Le règlement, source directe d'unification des législations », *in Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE*, Bruxelles, 1976, p. 15-35.

« L'exécutif et le législatif belges et l'intégration européenne, 1973-1974 et S.E. 1974 », *RBDI*, 1976, p. 555-642.

« La competencia de la Comunidad en materia de política comercial. A proposito del dictamen emitido por el Tribunal de Justicia el 11 de noviembre de 1975 », *Revista de instituciones europeas*, 1977, p. 7-25.

« Observations sous l'arrêt Thieffry de la Cour de justice des Communautés », *JT,* 1977, p. 571-573.

« L'adhésion de la Grèce et les problèmes posés par la mise en œuvre du droit dérivé », *La Grèce et la Communauté*, Bruxelles, 1977, p. 287-308.

Exposés sur les « Aspects juridiques des Communautés européennes », *in Pour l'étude de l'intégration européenne*, Montréal, 1977, p. 115-156.

« L'union économique et monétaire, Aspects institutionnels », *in Chronologie des Communautés européennes*, vol. 4, L'union économique et monétaire, 1970-1973, Bruxelles, p. 69-101.

« Mise en œuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses Etats membres » *RBDI*, 1977, p. 122-143.

« La Cour de justice comme facteur d'intégration dans le domaine des relations extérieures », *Etudes internationales*, Québec, mars 1978, p. 43-56.

« Delegatie van bevoegdheid in de Europese Gemeenschappen », *SEW*, 1978, p. 802-814.

« La primauté du droit communautaire », *in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, p. 145-170.

« L'exécutif et le législatif belges et l'intégration européenne, Session ordinaires 1974-1975 et 1975-1976 », *RBDI*, 1978-1979, p. 296-390.

« La primauté du droit international en droit belge après l'arrêt Le Ski », *in Mélanges en l'honneur de F. Dehousse*, Bruxelles, 1979, p. 235-242.

« Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres », *Revue d'intégration européenne*, 1979, p. 355-374.

« Le nouveau statut monétaire de la Belgique », *Revue de la Banque*, Cahier n° 4, septembre 1979, p. 14-41.

« Het Europees monetair stelsel », *SEW*, 1979, vol. 27, p. 441-465.

Rapport de synthèse, *in L'Espagne et les Communautés européennes*, Bruxelles, 1979, p. 389-396.

Les articles 193 à 198 du traité CEE consacrés au « Comité économique et social », *in Le Droit de la Communauté économique européenne*, éd. par J. Mégret, M. Waelbroeck, D. Vignes et J.L. Dewost, 1980, t. IX, p. 270-300 et 358-366.

« Les Etats membres et la jurisprudence de la Cour » (avec G. Vandersanden et M. Waelbroeck), *in La Cour de justice des Communautés européennes et les Etats membres*, Bruxelles, 1981, p. 63-84.

Rapport de synthèse sur la Commission dans les *Institutions de la Communauté au seuil des années 1980 – A la recherche de nouveaux équilibres*, Bruges, 1981, p. 183-191.

« Les institutions communautaires dans les années quatre-vingt », *JT,* n° 5200, p. 248-251.

« Free movement of capital in the Community : the Casati judgment », *CML Rev.*, 1982, p. 443-452.

Conclusions de la journée d'études consacrée à l'accès des étrangers aux emplois dans l'administration publique, *Revue Administration publique*, 1982, p. 271-273.

« Ordre juridique communautaire : Réalités et perspectives », *in Traité de Rome – 25e anniversaire – 1957-1982*, p. 25-31.

Préface à A. Toledano Laredo, *Intégration et Démocratie*, 1982.

Préface à M. Rodriguez Piñero, *La séguridad social de los trabajadores migrantes*, 1982.

En collaboration avec John H. Jackson et Mitsuo Matsushita, « Implementing the Tokyo Round – Legal Aspects of Changing Economic Rules », *Michigan Law Review*, 1982, p. 267 et s.

« Le rôle du Parlement européen dans l'élaboration et la conclusion des accords internationaux et des traités d'adhésion », *in Mélanges F. Dumon*, Kluwer, Deurne, t. 2, 1983, p. 1153-1168.

« Los efectos de las sentencias del tribunal de justicia de las Comunidades europeas », *Revista de instituciones europeas*, 1983, p. 9-19.

« La Communauté et ses Etats membres dans les relations extérieures », *Revue d'intégration européenne*, 1983, p. 203-235.

« Siège et lieux de travail du Parlement, note sur Cour de justice, 10 février 1983 », *CDE*, 1983, p. 533-543.

J.-V. Louis et J. Steenbergen, « La répartition des compétences entre les Communautés européennes et leurs Etats membres en matière de relations extérieures », *RBDI*, 1/1983, p. 355-376.

M. Waelbroeck et J.-V. Louis, La Cour de justice et les actes. Analyse et commentaire des articles 189 à 191 du traité CEE, *in Le droit de la Communauté économique européenne*, précité, vol. X, 1984, 2 tomes (tome 1 : 602 p., tome 2 : 338 + 70 p.).

« Free movement of tourists and freedom of payment in the Community : The Luisi-Carbone judgment », *CML Rev.*, Dec. 1984, p. 625-637.

« El tratado que instituye la Unión Europea », *Revista general de Derecho*, 1985, p. 885-896.

« Europese Union en Gedifferentieerde Integratie », *SEW*, 1985, p. 410-420.

Préface à l'ouvrage de Fr. Capotorti, M. Hilf, Fr. Jacobs, J.-P. Jacqué, *Le traité d'Union européenne*, Bruxelles, 1985.

(éd.) *L'Union européenne. Le projet de traité du Parlement européen*, journée d'études, 22 octobre 1983, Institut d'Etudes européennes, Université Libre de Bruxelles, 1983, 32 p.

(éd.) *L'Union européenne. Le projet de traité du Parlement européen après Fontainebleau*, journée d'études, 17 novembre 1984, Institut d'Etudes européennes, Université Libre de Bruxelles, 1984, 58 p.

(éd.) *L'Union européenne avant le Conseil européen de Milan*, journée d'études, 27 avril 1985, Institut d'Etudes européennes, Université Libre de Bruxelles, 1985, 60 p.

(éd.) *L'intégration différenciée*, journée d'études, 13 décembre 1985, Institut d'Etudes européennes, Université Libre de Bruxelles, 1986.

« L'efficacité des moyens de pression », *RBDI*, 1984-1985, n° 1, p. 122-141.

« Principes de base et modalités de l'action de l'Union européenne », *CDE*, 1985, p. 530-552.

« Des institutions pour l'Europe », *in Mélanges en l'honneur du professeur Antonio Truyol*, Madrid, 1985, p. 689-708.

« Las Relaciones exteriores en el Acta de adhesión », *Revista de Instituciones europeas*, Madrid, 1986, p. 357-374.

(éd.) *L'Acte unique européen*, journée d'études, 1er mars 1986, Institut d'Etudes européennes, Université Libre de Bruxelles, 1986, 91 pages.

« La libre circulation des personnes en droit communautaire », *in Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Québec, 1986, p. 353-371.

« Note sous arrêt Granital. Cour constitutionnelle italienne, 8 juin 1984 », *CDE*, 1986, p. 185-202.

« L'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *in Cent ans de droit social belge*, Bruxelles, 1986, p. 813-829.

« Aspects juridiques et institutionnels de l'intégration monétaire », *in The European Monetary System : Towards More Convergence and Closer Integration*, European Policy Study Group, Louvain-Amersfoort, 1987, p. 51-63.

« Comments on the attitude of the Belgian Government », *in Article 177 EEC : Experiences and Problems*, Asser Instituut, North-Holland, 1987, p. 279-282.
« Vers un « espace économique unifié », *in L'Achèvement du Marché intérieur européen*, éd. par L. Reboud, Paris, 1987, p. 43-50.
« Les compétences des Communautés européennes à travers l'Acte unique européen », *in L'Acte unique européen*, table ronde, Strasbourg, 14 mars 1986, éd. en 1987, p. 2-10.
« Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », *in Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 387-409.
Avant-propos de l'ouvrage de Jean De Ruyt, *L'Acte unique européen*, Bruxelles, 1987, p. VII-IX.
Articles 232, 233 et 237 *in* J. Mégret†, M. Waelbroeck e.a., *Le droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, t. 15, 1re éd., 1987, p. 503-519 et 545-559 ; Articles 68 à 78, *ibid.*, t. 3, 2e éd., Bruxelles, 1991, p. 153-189.
« Nota sobre la sentencia 45/86 de 26 de marzo de 1987, Comisión c. Consejo », *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1987, p. 721-730.
« Monetary Capacity in the Single European Act », *CML Rev.*, 1988, vol. 25, n° 1, p. 9-34.
Le système monétaire européen et le Fonds monétaire international, Colloque de Bruges, Collège d'Europe, décembre 1986, Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur : aspects juridiques et fonctionnels, Gand, Story-Scientia, 1988, p. 185-199.
« Algunas consideraciones sobre el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas », *Noticias CEE*, Madrid, n° 39, avril 1988, p. 11-20.
« La révision des traités et l'Union européenne », *Cuadernos Europeos de Deusto*, 1988, n° 1, p. 43-55.
« L'écu en droit communautaire », *Problemi giuridici dell'Ecu*, Milan, Giuffré, 1988, p. 21-36
« L'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *in Cent ans de droit social belge*, 2e éd. revue et corrigée, Bruxelles, 1988, p. 817-836.
« Intégration monétaire », *Structures et dimensions des politiques communautaires*, IUE Florence, Baden-Baden, 1988, p. 147-155.
« Quelques réflexions sur l'exécution du droit communautaire en Belgique », *in La Collaboration de l'Etat, des Communautés et des Régions dans le domaine de la politique extérieure*, 1988, p. 133-137.
« L'Union monétaire demain ? Quelques réflexions sur le rapport du Comité Delors », *ECU*, n° 8-89, p. 10-13.
« Les objectifs de l'Acte unique européen », *in* « L'ordre juridic comunitari en el procés d'aplicacio de l'Acta Unica Europea », *V Jornades Europees de Pasqua*, 4-5 d'abril de 1988, Barcelona, 1989, p. 11-26.
« L'Acte unique européen », *in L'instauration du marché intérieur le 1er janvier 1993*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1989, p. 7-42.

« Le rapport du Comité Delors : une bonne base pour un futur traité sur l'Union économique et monétaire », *Aujourd'hui l'écu*, n° 34-35, mai 1989, p. 20-21 (version anglaise dans *Ecu today*, n° 20-21, june 1989, p. IX-X).

« A Monetary Union for Tomorrow ? », *CML Rev.*, 1989, p. 301-326. Analyse plus approfondie du rapport Delors, que dans l'article précité pour la revue « ECU ».

E. de Lhoneux et J.-V. Louis, « Towards a European System of Central Banks », *Journal of International Banking Law*, 1990, n° 1, p. 24-32.

« Hacia un Sistema Europeo de Bancos Centrales », *Libre circulación de capitales en la CEE*, Valladolid, 1990, p. 13-23.

E. de Lhoneux et J.-V. Louis, « The development of the use of the ECU : Legal Aspects », *CML Rev.*, 1991, vol. 28, n° 2, p. 335-359.

« Les institutions du système européen de banques centrales », *in L'Europe et le Droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p. 375-390.

« La réalisation du projet de banque centrale européenne », *Europe-Documents*, n° 1702, 6 avril 1991 et *Aujourd'hui l'écu*, numéro spécial, avril 1991.

« Le franc belge n'est plus requis dans les actes publics et administratifs », *JT,* n° 5606, 2 novembre 1991, p. 669-670.

« Les accords de Maastricht. Un premier bilan, Editorial », *RMUE*, 1991, n° 4, p. 5-10.

« Aspects juridiques et institutionnels de l'UEM », *ECU*, n° 19, 1992/II, p. 15-23.

« Artikel 102a » *in* Groeben, Thiesing, Ehlermann, *EWG-Kommentar*, 4e éd., Baden-Baden, 1992.

« Los aspectos juridicos de la unión económica y monetaria », *in Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo*, Actas de las Primeras Jornadas de Derecho Comunitario Europeo, Córdoba, 12-15 de Febrero de 1991, Universidad de Córdoba, Cuadernos de Derecho Internacional n° 4, Cordoba, 1992, p. 169-182.

Répertoire de droit communautaire, *Encyclopédie juridique Dalloz*, Paris, 1992, rubriques « Ecu » (en collaboration avec E. de Lhoneux), 9 p. ; « Système monétaire européen », 8 p. ; « Monnaie (politique monétaire) », 35 p. Refonte des rubriques SME et Monnaie en 1996. Rubrique Euro, 10 p.

« L'Union économique et monétaire », *CDE*, n° 3-4, 1992, p. 251-305.

« La Banque européenne pour la reconstruction et le développement. Aspects juridiques », *in Collected Courses of the Academy of European Law*, Academy of European Law (ed.), vol. II, book 1, Kluwer, 1992, p. 251-302.

« Un gouvernement pour la Communauté européenne ? », contribution aux *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Velu*, Centre de droit public de la Faculté de Droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1992, p. 177-191.

Traité instituant la CEE. Commentaire article par article, sous la direction de V. Constantinesco, R. Kovar, J.-P. Jacqué et D. Simon, Paris, Economica, 1992, art. 155, p. 911-919 ; art. 205, p. 1261-1264.

« Les nouvelles procédures : conclusions et perspectives », *in From Luxembourg to Maastricht,* éd. par C. Engel & W. Wessels, Bonn, 1992, p. 161-169.

« Le Parlement européen de 1958 à 1979 », *in La Communauté européenne à travers l'histoire de son parlement,* Parlement européen, Quarantième anniversaire, Actes du Colloque, septembre 1992, p. 19 à 24.

« Elargissement – Approfondissement – Réforme institutionnelle », *in The European Union in the 1990s,* éd. par W. Wessels & C. Engel, Bonn, 1993, p. 135-143.

« Perspectives of the EMU after Maastricht and The Project of a European Central Bank », *in Financial and Monetary Integration in the European Economic Community,* European Monographs, vol. 5, éd. J. Stuyck, Kluwer, 1993, p. 1-28.

Le droit de la CEE – Commentaire Mégret, 2e éd., t. 3, Bruxelles 1990, p. 153 à 189 (libre circulation des capitaux), t. 10, p. 477 à 535 et 543 à 605 (Actes – Effet direct et Primauté), 1993, t. 6, p. 1 à 166 (Union économique et monétaire) 1995.

« Le lien entre les Conférences intergouvernementales sur l'Union économique et monétaire et sur l'Union politique », *in The Maastricht Treaty on European Union,* éd. par J. Monar, W. Ungerer et W. Wessels, Bruxelles, 1993, p. 163-172.

« L'héritage communautaire et le nouveau Traité sur l'Union européenne », *in Hacia un nuevo orden Internacional y Europeo, Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco,* Madrid, Ed. Tecnos, 1993, p. 1035-1042.

« L'Union européenne après Maastricht », *in De la nation à l'Europe*, sous la direction de Mario Telò, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 79-98 (version italienne dans *Tra Nazione ed Europa. Annali CRS 1992-1993,* Milano, Ed. Franco Angeli, 1993, p. 65-80).

« Las instituciones de la Comunidad Europea », *Foro Internacional*, México, 1993, p. 191-205.

« Aspectos Jurídicos de la Realización de la Unión Económica y Monetaria », *in El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial,* G.C. Rodriguez Iglesias y D. Liñan Nogueras (ed.), Madrid, 1993, p. 211 à 270.

« L'Institut monétaire européen », *Reflets et Perspectives de la vie économique*, 1993, p. 285-300 (repris dans *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 2376, 1994, p. 8 à 14).

« W.J. Ganshof van der Meersch et le droit européen », *JT,* n° 5711, 1994, p. 269 à 272.

« The Institutional Framework of the EMU », *Further Perspectives in Financial Integration in Europe*, ed. by Ed. Wymeersch, 1994, p. 15 à 23.

« Banking in the European Community After 1992 », *Current Legal Issues Affecting Central Banks*, ed. by Robert C. Effros, IMF, Washington, 1994, p. 69-81.

(avec André Alen) « La Constitution et la participation à la Communauté européenne », *RBDI*, 1994, p. 81-109.

« Les relations extérieures de l'Union européenne : unité ou complémentarité », *RMUE,* 1994, p. 5 à 10.

(éd.) *La différenciation dans l'Union européenne*, IEE/GEPE, Bruxelles, 1995.

« Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996 », *RIE*, 1995, p. 9-42 (en français : « Quelques réflexions sur la réforme de 1996 », *in Etudes à la mémoire de Jean Siotis*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 233-264).

L'avenir de l'Union européenne : élargir et approfondir (éd. J. Vandamme et J.D. Mouton), Bruxelles, 1995, p. 79-83, 217-221.

« La primauté, une valeur relative ? », *CDE*, 1995, p. 23-28.

« Les institutions dans le projet de constitution de l'Union européenne », *in A Constitution for the European Union*, EUI-RSC Working Papers N° 95/9, Florence, 1995, p. 41-66.
« La réforme des institutions », *RMUE*, 1995, p. 233-242 (repris dans *La Conférence intergouvernementale sur l'Union européenne : répondre aux défis du XXI^e siècle,* Paris, 1996, p. 209 à 217).
« Ensuring Compliance and Implementation by Member States », *in European Economic and Business Law*, ed. by Richard M. Buxbaum, Gérard Hertig, Alain Hirsch, Klaus J. Hopt, Berlin-New York, 1996, p. 33-63.
« L'avènement de la monnaie unique », *Cahiers du Juriste*, ABJE, 1996, p. 39-44.
« Economic and Monetary Union (European Central Bank) », *in Reforming the Treaty on European Union – The Legal Debate*, ed. by Jan A. Winter and others, T.M.C. Asser Institute, 1996, p. 289 à 297.
« La CIG. Vers quelle Europe? », *CDE*, 1996, n° 4, p. 249-255.
« Union européenne et Fonds monétaire international », *Währung und Wirtschaft. Das Geld im Recht*, Baden-Baden, 1997, p. 201-213.
« Le traité d'Amsterdam. Une occasion perdue ? », *RMUE*, 1997, p. 5-18.
« La réforme de 1996 : méga ou micro ? », *in La réforme de l'Etat... et après ?*, S. Jaumain (éd.), Bruxelles, 1997, p. 251-259.
« Le référendum, comme instrument de réformes constitutionnelles de l'Union européenne » (Colloque de Strasbourg), *in Le référendum européen*, Bruxelles, 1997, p. 317 à 324.
« A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », *CML Rev*., 35, 1998, p. 33-76.
« Simplifying constitutions. "Lessons" from the Belgian experience », *in Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts der Europäischen Union nach Amsterdam,* Armin von Bogdandy/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), Europarecht, Beiheft 2/1998, p. 45-50.
« El Nuevo Derecho Monetario de la Unión Europea », *Noticias de la Unión Europea*, 1999, p. 7-20 (folio).
« Une crise salutaire », *RMUE*, 1999.
« L'évolution du Conseil européen à la lumière de la réalisation de l'UEM », *in Studi in onore di F. Capotorti*, Milan, 1999, vol. II, p. 253-272.
« Indépendance des banques centrales, séparation des pouvoirs et démocratie », *in Mélanges M. Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, p. 459 et s.
« Le Système européen de banques centrales : rapports entre banques centrales nationales et Banque centrale européenne », *in Mélanges Pierre Van Ommeslaghe,* Bruxelles, 2000, p. 777-797.
« The New Monetary Law of the European Union », *in International Monetary Law,* Mario Giovanoli (ed.), Oxford UP, 2000, p. 137-159.
« Le Comité économique et social », *Commentaire J. Mégret,* vol. 9, Bruxelles, 2000, p. 369-391.
« Monnaie (Union économique et monétaire) », *in Répertoire Dalloz de Droit communautaire,* 2000, 41 pages (in-4°).

« Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », *in Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Paris, 2000, p.387-413.

« Les enjeux de la relance institutionnelle à l'horizon 2000 », *in L'Union européenne après l'Euro, Studia Diplomatica,* Bruxelles, 1999 (paru en 2000), p. 7-17.

« Le modèle constitutionnel européen », *in Le nouveau modèle européen,* Paul Magnette et Eric Remacle (éd.), vol. 1, Bruxelles, 2000, p. 31-50.

« Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne », *in La constitution de l'Europe*, édité par Paul Magnette, Bruxelles, 2000, p. 41-52.

« Some Reflections on the Implementation of WTO Rules in the European Community Legal Order », *in* Marco Bronckers and Reinhard Quick (ed.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*. Kluwer Law International, 2000, p. 493-507.

« La réforme des institutions – Schéma pour une réflexion », *RMCUE*, 2000, p. 681-685.

« De la Différenciation à l'avant-garde », *CDE*, 2000, p. 301-309.

« L'euro et l'unification du droit des affaires », *Revue de jurisprudence commerciale*. Numéro spécial, 2001, p. 137-150. (Discussion : p. 150-157).

« L'UEM et la gouvernance économique », *The European Union and the Euro : Economic, Institutional and International Aspects.* Brussels, 17/18 September 1998, European Commission, 2001, p. 155-164.

« The European Union's Constitutional Mudle : Which Way Forward ? », *in* J. Monar and W. Wessels (ed.), *The European Union After The Treaty of Amsterdam*, Continuum, London-New York, 2001, p. 87-95.

« La finalité de la construction européenne », *Les finalités de l'Union européenne*, Chambre et Sénat de Belgique, 20 juin 2001, Bruxelles, p. 73-87.

« Differentiation and the EMU », *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2001, p. 43-63. « Post-Scriptum : From Differentiation to the Avant-Garde », *ibid*., p. 379-386.

« Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne », *in La constitution de l'Europe*, P. Magnette, éd., Editions de l'Université de Bruxelles, 2e éd., 2002, p. 41-57.

« The Eurogroup and Economic Policy Co-ordination », *EUREDIA*, 2002, p. 19-43 et *The Euro in the National Context*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2002, p. 351-371.

« Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation ? », *Revue Internationale de droit économique*, 2002, numéro spécial, 2-3, p. 529-557.

« Les relations extérieures de l'Union économique et monétaire », *The European Union as an Actor in International Relations*, E. Cannizzaro, ed., Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, p. 77-103.

« Le contrôle des institutions financières dans la zone euro : de la coopération à la centralisation », *Liber Amicorum Lucien Simont,* Bruxelles, 2002, p. 1069-1085.

« L'adaptation de la Banque centrale européenne à l'élargissement », *in La Banque centrale européenne*, Complément aux Rapports de Patrick Artus et Charles Wyplosz, La Documentation française, Paris, 2002, p. 141-154.

DEUXIÈME PARTIE

Les relations extérieures

The EC's Trade Policy Powers after Nice : Painting Oneself in a Corner ?

Jacques H. J. Bourgeois

As evidenced by his writings, Jean-Victor Louis has always dealt very expertly with the institutional aspects of the EC/EU, also in the area of its (or rather their ?) external relations [1].

In an early comment on the Nice Treaty, the latest instrument amending the Treaty establishing the European Community, Jean-Victor Louis described i.a. the amended provisions on the EC trade policy powers, the new paragraph 5 of Article 133 EC, as establishing the extension, subject to the conditions and within the limits set, of the EC treaty making power in trade policy matters to trade in services and to the commercial aspects of intellectual property rights. This new paragraph also provides that it does not affect the right of the Member States to maintain and conclude agreements with third countries or international organizations in so far as such agreements comply with Community law and other relevant international agreements. Jean-Victor Louis noted that such a provision was not new and referred to Article 111 paragraph 5 EC on economic and monetary policy, Article 174 paragraph 4 EC on environment policy and Article 181 paragraph 2 EC on development cooperation, as inserted by the Maastricht Treaty. He drew the attention to a declaration of the Maastricht Intergovernmental Conference according to which these provisions "do not affect the principles resulting from the judgment handed down by the Court of Justice in the *AETR* case" [2]. He argued that the absence of such declaration of the Nice Intergovernmental Conference in relation to the amended Article 133 paragraph 5 EC does not allow to conclude that the *AETR* doctrine does not apply in the case of Article 133 paragraph 5.

In the Editorial of the last 2002 issue of the *Cahiers de droit européen* on the work of the Convention, Jean-Victor Louis noted the tendency "*de mettre l'accent sur les objectifs et les politiques internes, tout en donnant une vision minimaliste des tâches*

externes, et de projeter ainsi vers l'extérieur, l'image d'une Union repliée sur elle-même et manquant d'ambition dans le monde" [3].

The present contribution [4] in his honor elaborates the points made by Jean-Victor Louis and puts them in the context of the new Article 133, which raises also other questions.

A brief analysis of the scope of the extended trade policy powers, their nature and the modalities of their exercise is followed by a tentative assessment.

*
* *

A. Introduction

There is no need to deal here with the EC's external powers and the allocation of external powers between the EC and its Member States before Nice [5].

A cursory glance at the amended Article 133 EC shows a number of things.

First, it brings together in one EC Treaty article trade in services and (trade aspects of) intellectual property rights, alongside trade in goods. Article 133 paragraph 5, as inserted by the Amsterdam Treaty, which provided that the Council could unanimously include international negotiations and agreements on services and intellectual property in the scope of Article 133, is replaced by the new paragraphs added to Article 133. The Intergovernmental Conference has attempted to take account of important changes in the EC's external economic relations and the inclusion of trade in services and the trade-related aspects of intellectual property rights in the WTO system.

Second, this has obviously been achieved by hammering out difficult compromises. Article 133 EC as amended has some of the features of the Christmas tree that grew out of the negotiations of the previous intergovernmental conference and that was finally not planted in the Amsterdam Treaty.

Third, its ambiguity on certain points leads to divergent interpretations which have already appeared in the literature [6].

Fourth, the Ariadne thread woven through the amendments is the idea that the EC's external powers with respect to trade in services and commercial aspects of intellectual property need to correspond to the division of powers between the EC and its Member States and to the voting procedures in the internal sphere : the so-called "logic of parallelism" [7].

B. Trade Policy with Respect to Trade in Goods and Assimilated Matters

The trade policy powers as conferred to the EC in Article 133 ante-Nice and as interpreted by the ECJ in Opinion 1/94, i.e. limited to regulating trade in goods (including entering into the WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, in short SPS Agreement, and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade, in short TBT Agreement, and the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) and to cross-border trade in services and to border measures against counterfeit goods, are not put into question by the amended Article 133. The distinction between measures implementing classical instruments of trade policy and measures with trade policy aims proposed in the literature [8] appears to be outdated : e.g. the WTO SPS and TBT agreements can hardly be considered as

classical trade policy instruments, yet the ECJ considered in Opinion 1/94 that they came within the scope of Article 133 EC.

Paragraph 5 recognizes that agreements in the field of trade in services and the commercial aspects of intellectual property may be covered by paragraphs 1 to 4, which seems to be an implicit *coup de chapeau* to the ECJ, which stated *obiter* in Opinion 1/94 that "it follows from the open nature of the common commercial policy, within the meaning of the Treaty, that trade in services cannot immediately and as a matter of principle, be excluded from the scope of Article [133]…" [9].

The question is, however, whether this is a mere endorsement of Opinion 1/94 [10] or whether the provision on services other than cross-border and the protection against counterfeit goods going beyond border measures is now covered by paragraphs 1 to 4 [11]. Alternatively, does it mean that the borderline between paragraphs 1 to 4 and paragraph 5 is a flexible one capable of being moved by the ECJ?

C. Trade in Services and Trade Aspects of Intellectual Property Rights under paragraph 5 and 6

1. Introductory Remark

The Commission had proposed to include in paragraph 1 of Article 133 EC trade in goods and services, investments and intellectual property rights, so that the ante-Nice Article 133 would extend to these areas. The rejection of that proposal and the insertion of paragraph 5, as it is, result in significant differences with the regime of paragraphs 1 to 4 of Article 133 EC with respect to the scope and the nature of the powers and to the modalities of their exercise.

2. Scope of the Powers

As to the scope of the new powers under the amended Article 133, the rejection of the Commission proposal means (a) that investments are all together excluded and (b) that only the negotiation and conclusion of international agreements are covered by the amended Article 133. Thus, neither autonomous EC measures nor EC measures designed to implement such agreements are covered by the amended Article 133 [12]. Except where such agreements are implemented by the EC, relying on EC Treaty articles granting the EC powers in the internal sphere, this opens the door to differences in implementation between Member States with attending consequences for the operation of the internal market and, probably, differences in the rights of private parties, to the extent that the ECJ would rule that, since implementation is left to Member States, the issue of the effect of such agreements is a matter of Member State law.

The question arises when an agreement concerns "commercial aspects" of intellectual property. Interestingly, this terminology differs from the WTO terminology: "trade-related aspects of intellectual property rights". There can probably be no doubt that this includes the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, in short the TRIPs Agreement. It goes conceivably further. It is certainly not limited to "trade in intellectual property rights", a proposal to that effect having been rejected by the Intergovernmental Conference. Other future

agreements are likely to lead to the same old controversy of instruments versus aims for the purpose of finding when such agreements have "commercial aspects" [13].

The grant of powers in paragraph 5, subparagraph 1 is without prejudice to paragraph 6. This provides that an agreement may not be concluded by the Council of it includes provisions which would go beyond the EC's internal powers. This is an example of the so-called "logic of parallelism".

Paragraph 6 also provides that the negotiation and conclusion of international agreements in the field of transport continues to be governed by the provisions of the EC Treaty on transport policy and Article 300. This may appear to be another *coup de chapeau* to the ECJ for its stance in Opinion 1/94. It had probably more to do with some bureaucratic insistence of several Member States to keep transport separate.

3. Nature of the powers

In contrast with paragraphs 1 to 4, the powers in paragraph 5 and 6 are not exclusive [14]. Subparagraph 4 of paragraph 5 states that this paragraph does not affect the right of the Member States to maintain and conclude agreements with third countries or international organizations, in so far as such agreements comply with EC law and other relevant international agreements.

This obviously concerns agreements on services and agreements on commercial aspects of intellectual property rights, to the extent that their subject matter is not covered by paragraphs 1 to 4. This is partly in line with Opinion 1/94, but it does not take over the qualification that this is a matter of "shared competence" or for which the EC and the Member States are "jointly competent". Query whether the special duty of cooperation between the EC and its Member States referred to in Opinion 1/94 applies in this case.

The requirement in subparagraph 4 of paragraph 5 that in the exercise of their concurrent power Member States must comply with EC law means that Member States must abstain from entering into agreements in matters for which the EC has enacted intra-EC rules [15]. In the course of the Intergovernmental Conference, a declaration stating that this subparagraph did not affect the principles of the *AETR* doctrine was drafted but not adopted. This does arguably not mean that this doctrine does not apply to paragraph 5. A clear mention to that effect would be required to set aside such a fundamental doctrine [16]. This provision is likely to raise the same difficulties of interpretation as the *AETR* doctrine.

The provision on agreements in the area of trade in cultural and audiovisual services, educational services and social and human health services (Article 133(6)) is drafted in a rather peculiar way. It starts off by stating that an agreement may not be concluded by the Council if it includes provisions which would go beyond the Community's internal powers. Obviously, the Intergovernmental Conference meant to say that the EC *alone* may not conclude such agreement. This is confirmed by the following subparagraph's lead in : "In this regard" which refers to shared competence of the EC and its Member States. The first subparagraph mentions "in particular by leading to harmonization of laws and regulations of the Member States in an area in which this Treaty rules out such harmonization". Yet, the second subparagraph refers to trade in audiovisual services, an area in which the EC Treaty does not rule

out harmonization and in which internal rules have been enacted by the EC. These agreements are falling within the "shared competence" of the EC and its Member States. Subparagraph 2 provides that the negotiation of such agreements requires the common accord of the Member States and that these agreements are concluded jointly by the EC and the Member States. Here, Article 133 paragraph 6 endorses the formula used by the ECJ in its Opinion 1/94 which raises the question of who is competent for what in relation to an international agreement for which the EC and its Member States have shared competence [17]. The reference to Article 300 EC raises the interesting question whether the European Parliament must be consulted. It should be recalled that this provision excepts agreements referred to in Article 133(3) from the mandatory consultation. The agreements in question are not referred to in Article 133(3). This appears to mean that the European Parliament must be consulted.

4. Modalities of the Exercise of these Powers

In contrast with paragraphs 1 to 4, unanimity in the Council is required when negotiating and concluding an agreement on trade in services or on the commercial aspects of intellectual property in a number of cases.

The *first* case occurs where such agreement includes provisions for which unanimity is required for the adoption of internal EC rules (Article 133(5), 2nd subparagraph). Whether this "logic of parallelism", which can also be found in Opinion 1/94 with respect to intellectual property rights [18], is logical can be left aside here. Two points need to be mentioned.

First, unanimity appears to be required whether or not such agreement requires amending EC internal rules. Second, "provisions" are referred to, in contrast to Article 300(2) which refers to "a field for which unanimity is required".

As far as trade in services is concerned, there are only few instances in which adoption of internal EC rules requires unanimity, i.e. with respect to certain measures only Articles 47(2) and 57(2), second paragraph. Whether Article 133(5) subparagraph 2 will apply when an agreement on the commercial aspects of intellectual property rights is to be concluded depends on what the proper legal basis is for enacting internal rules in this field, either Articles 94, possibly 308, or Article 95 EC.

The *second* case arises when the agreement relates to a field in which the EC has not yet exercised its powers to adopt internal rules (Article 133(5), 2nd paragraph). Here, the "logic of parallelism" appears to be abandoned: the EC Treaty does not require unanimity in the Council for adopting internal rules in all of these fields. Moreover, one wonders what the meaning of this provision can be since the EC has already exercised its powers to adopt internal rules in the field of services and intellectual property. It can hardly mean "provisions" which the EC has not yet enacted, which would require unanimity in all cases in which a field has not been completely regulated by the EC. Using in the same subparagraph "field" for "provisions" appears rather unlikely.

The *third* case refers to "horizontal agreements" containing provisions of the kind referred to in the two preceding cases (Article 133(5), 3d subpar.). "Horizontal agreements" probably means agreements concerning several fields. On its face, this third case is stating that unanimity is required because it contains provisions requiring

unanimity as the two preceding cases. One wonders whether the Intergovernmental Conference wanted to set the case law of the ECJ aside. According to the ECJ, where several EC Treaty provisions provide the power to adopt a given legal act, the Council should rely on the EC Treaty provision corresponding to the main aim of the legal act in question [19], whether or not one of the "competing" EC Treaty provisions provides for unanimity in the Council. If that were so, the unanimity requirement of Article 133(5), 3d subparagraph would be a case of the tail wagging the dog.

The *fourth* case concerns the conclusion of agreements relating to trade in cultural and audiovisual services, educational services and social and health services (Article 133(6)). Unanimity in the Council is required in all cases. With respect to audiovisual services, the "logic of parallelism" is abandoned since the adoption of internal rules on such services does not require unanimity (Article 52 EC).

D. Intellectual Property Rights

Pursuant to paragraph 7, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may include international negotiations and agreements on intellectual property rights *tout court* in the scope of the common commercial policy, in so far as they are not covered by paragraph 5.

This provision is modeled on paragraph 5 of the version of Article 133 as inserted by the Amsterdam Treaty, which remained a dead letter. According to one commentator of this Amsterdam Treaty amendment, it may be regarded as a face-saving device, putting off any effective amendment of Article 133 until the Greek Calends [20]. The same could probably be said about the amended Article 133 paragraph 7.

E. A Tentative Assessment

1. The inclusion by the Nice Intergovernmental Conference of trade in services and the commercial aspects of intellectual property rights in the scope of the EC's trade policy powers by amplifying Article 133 EC is a half-way house. The Intergovernmental Conference could have drawn all the consequences from the overriding importance of services in the EC economy and the growing share of trade in services in the EC's external trade, from the developments at the WTO level in matters of negotiations and rule-making in the services sector and in trade-related aspects of intellectual property rights, and could have included *sic et simpliciter* these matters within the scope of Article 133 EC as it stood. Instead, the Intergovernmental Conference has opted to an important extent for effectively sharing the external powers with respect to these matters between the EC and its Member States and for subjecting many of the decisions to unanimity in the Council. Moreover, the Intergovernmental Conference has extended the EC trade policy powers with respect to these matters only to the conclusion of international agreements – not to unilateral action by the EC – and not to implementation of such agreements, with the likely attending consequences.

2. The "logic of parallelism" has been the guiding principle : as a rule, the EC external powers have been extended in so far as internal powers with respect to the same area have already been conferred on the EC and the Council will be required to decide by unanimity when exercising the new external powers, either where the exercise of the parallel internal powers requires unanimity in the Council or where such parallel

internal powers have not yet been exercised. While in practice politically weighty decisions are taken by consensus, quite obviously the very possibility of decisions being taken by qualified majority leads Member States to make compromises they would not be prepared to make otherwise. In the same vein are the provisions designed to enable Member States to continue to act on their own in the external sphere.

This "logic of parallelism", which is also inspired by the concerns about the "reverse" *AETR* [21] effect, is considered by some as an obvious requirement [22]. It is not, and certainly not in the *lege ferenda* situation of an intergovernmental conference : in most federal systems, the federal government has external powers with respect to matters that are reserved to the constituent parts of the federation in the internal sphere [23]. One might object that the comparison is not appropriate. The point, however, is that in the operation of its external policies in a context of division of powers the EC faces comparable challenges as federations.

This should be seen against the background of the EC decision-making process which is the opposite of the "them and us" process that one finds in several federal systems in the area of external relations. Member States are in the EC decision-making process : from committees assisting the Commission in the day-to-day administration of trade policy instruments, to the 133 Committee operating under the Council umbrella assisting the Commission in international negotiations, to the Council itself composed of Member States ministers.

3. In the Intergovernmental Conference, the Member States have thus equipped themselves with belts and suspenders. This is obvious even for those matters where under Article 133 post-Nice the Council may decide by qualified majority : by providing that certain matters fall within the "shared competence" of the EC and its Member States (Article 133 par. 6), the Intergovernmental Conference has effectively given to the Member State which did not join the qualified majority in the Council a second bite at the cherry. This may even be the case where Member States maintain and conclude agreements with third countries in the situations referred to in Article 133 paragraph 5, subparagraph 4, if contrary to Jean-Victor Louis' view, the absence of the declaration on the *AETR* case law were to be held as allowing a Member State to conclude on its own in parallel an agreement on the same subject matter.

4. Scope, nature and modalities of the exercise of the EC trade policy powers are about the defense and the promotion in the wider world of the interests of the EC as a whole. The Intergovernmental Conference has failed to give the EC the position it needs to do so by not fully treating trade in services and commercial aspects of intellectual property rights in the same fashion as trade in goods. The Intergovernmental Conference has been mainly concerned by internal matters. Franklin Dehousse considered the Treaty of Nice as "*un traité trop petit pour une Europe trop grande*" [24]. The preservation of national interests within the EC context that explains the sharing of competences and the insistence on unanimity in the Council does not look well for the effectiveness of the EC as it is now and as it will be following the enlargement. The EC has painted itself in a corner.

5. Jim Cloos considered the Nice Treaty as "*une étape obligée*" [25]. This raises the question whether in this area the Convention will succeed in being "*l'étape suivante*".

In its Report on "External Action" [26], the Dehaene Working Group states that it reached "a very large consensus" on the following recommendations:

"– the Treaty should indicate that the Union is competent to conclude agreements dealing with issues falling under its internal competences;
– the new provision in the Treaty should also specify that the Council should deliberate on such agreements according to the same voting procedure which would apply to internal legislative deliberations on the same issues (normally QMV)".

This Working Group adds: "This provision should in no way modify the delimitation of competences between the EU and Member States" [27].

Further on decision-making in commercial policy, it states that:

> "[t]here was a high degree of support in favor of the use of QMV in all areas of commercial policy, including services and intellectual property, without prejudice to current restrictions on harmonization in internal policy areas" [28].

The first recommendation could be a step in "*l'étape suivante*". On its face, it goes beyong the current case law of the ECJ (the *AETR* doctrine and the doctrine set out in Opinion 1/76, as it has been qualified in Opinion 1/94 and in the judgments in the "*Open Skies*" cases). The second recommendation would apparently lead to an amendment of the post-Nice Article 133(5).

The first recommendation remains within the so-called "logic of parallelism": the EC will have in the external sphere no more powers than in the internal sphere. Wouldn't the "logic of parallelism" require to recognize that these powers in the internal sphere may be used not only for international agreements as recommended but also for unilateral action and for the implementation of international agreements?

The qualification that this should not "modify the delimitation of competences between the EU and Member States" is, at first blush, not more than a confirmation of the first recommendation, which is based on the delimitation of competences.

So far, the Convention appears set to only partly lift the EC and its Member States out of the corner in which the Nice Intergovernmental Conference has painted them.

Notes

[1] E.g. "Les relations extérieures de l'Union européenne: unité ou complémentarité", *RMUE*, 1994/4, p. 5-10.

[2] J.-V. Louis, "Le traité de Nice", *JTDE*, 2001, 76, p. 25-33.

[3] *CDE,* 38/3-4, 2002, p. 235-240.

[4] This contribution draws on a draft paper presented by the author on "The Post-Nice Distribution of Powers between the EC and its Member States in the Area of External Economic Policy" at the European Community Studies Association 6/7 September 2002 meeting at the World Trade Institute in Bern on "Perspektiven der Aussenwirtschaftspolitik in der EU und der WTO".

[5] This issue has been dealt with by the ECJ in a number of cases, the latest ones being the "*Open Skies*" cases ; see the series of judgments of 5 November 2002 (nyr). It has given rise to an abundant literature. The most recent overall exposé on Article 133 EC and its relations to other external EC powers with references to case law and literature is by Ch. Vedder in E. Grabitz, M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäische Union* I, EL 17, München, Beck, 2001. See also A. Dashwood, Ch. Hillion (ed.), *The General Law of EC External Relations*, London, Sweet & Maxwell, 2000.

[6] St. Griller, "Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza-Ansätze eines neuen Aussen wirtschaftsrechts ?", in St. Griller, W. Hummer (Hrsg.), *Die EU nach Nizza, Ergebnisse und Perspektiven*, Wien, New York, Springer, 2002, p. 131-189 ; Ch. Hermann, "Vom misslungenen Versuch der Neufassung der gemeinsamen Handelspolitik durch den Vertrag von Nizza", *EuZW* 2001, p. 269-274 ; H. G. Krenzler, Ch. Pitschas, "Fortschritt oder Stagnation ? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza", *EuR*, 2001, p. 442-461 ; J.-V. Louis, "Le traité de Nice", *op. cit*., p. 25-34 ; E. Neframi, "La politique commerciale commune selon le traité de Nice", *CDE*, 2001/5-6, p. 605-645 ; P. van Nuffel, "Le traité de Nice. Un commentaire", *RDUE*, 2/2001.

[7] Commission, "The Reform of Article 133 by the Nice Treaty. The Logic of Parallelism", http ://europa.eu.int/comm/trade/faqs/133.htm.

[8] E. Neframi, *op. cit.*, p. 621-622.

[9] Opinion 1/94, *ECR*, 1994, p. I-5267, par. 41.

[10] E. Neframi, *op. cit.*, p. 614.

[11] As claimed by H. G. Krenzler, Ch. Pitschas, *op. cit.*, p. 450-451.

[12] *Acc.* Ch. Hermann, *op. cit.*, p. 271.

[13] "*distinction tellement subtile qu'elle ne paraît pas opportune*", according to E. Nefami, *op. cit.*, p. 624.

[14] See St. Griller, *op. cit.*, p. 167 who considers this to be a case of "concurrent powers". E. Neframi makes a gallant effort to construe these powers as exclusive and. sees in subparagraph 4 of Article 133(5) a "*habilitation spécifique*", *op. cit.*, p. 626 and f.

[15] Ch. Hermann, *op. cit.*, p. 272 ; H. G. Krenzler, Ch. Pitschas, *op. cit.*, p. 455.

[16] J.-V. Louis, *op. cit.*, p. 31.

[17] See e.g. the analysis of A.G.. Tesauro in his opinion in *Hermès International*, 1998, *ECR*, p. I-3603.

[18] Opinion 1/94, *supra*, n. 9, par. 40.

[19] *Parliament v. Council*, 1991, *ECR*, p. I-4529, par. 17 ; *Parliament v. Council*, 1994, *ECR*, p. I-2857, par. 25.

[20] A. Dashwood, "EC : External Relations Provision Post-Amsterdam", in A. Dashwood and Ch. Hillion (ed.), *The General Law of EC External Relations*, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 279 at 281.

[21] On that concept, see i.a. F. Zampini, "Les limites de la compétence externe de la Communauté européenne selon la CJCE et les limites de l'intervention judiciaire", in J.H.J. Bourgeois, J.-L.Dewost, M.A. Gaiffe (ed.), *La Communauté européenne et les accords mixtes. Quelles perspectives ?*, Bruxelles, PIE, 1997, p. 27 at 42 ; A. Dashwood, "Why continue to have mixed agreements at all ?", *ibid.*, p. 93 at 96.

[22] According to P. VAN NUFFEL "*tout à fait logique dans le système du Traité*", *op. cit.*, p. 369.

[23] For a description of the situation in Australia, Canada, Switzerland and the US, see : "Les Etats fédéraux dans les relations internationales", *RBDI*, 1983, p. 1 ; in Germany, the Länder can act internationally subject to being authorized by the Bund. Belgium forms an exception, see : J. STEENBERGEN, "Les accords mixtes et le système fédéral belge", in J.H.J. BOURGEOIS, J.-L. DEWOST, M.A. GAIFFE (ed.), *op. cit*. In a judgment of 22 March 1995, the German Constitutional Court rejected an application for a declaratory judgment by the Freistaat Bayern, to the effect that the federal government could not agree to the proposed EC Television without Frontiers Directive on the ground that under the German Constitution the subject matter came within the scope of the powers of the Freistaat Bayern. The Constitutional Court held that in such a case, the Bund is competent as "Sachverwalter der Länderrechte", *B Verf GE*, 92, p. 203.

[24] Title of his article in 120 *JT*, 2001, p. 13.

[25] Title of his article in *RMCUE*, 444, 2001 p. 5.

[26] CONV 459/02 of 16 December 2002.

[27] *Ibid*. at p. 4.

[28] *Ibid.* at p. 7.

L'Union européenne et la régionalisation du système international

Álvaro de Vasconcelos

Why should there not be a European group which could give a sense of enlarged patriotism and common citizenship to the distracted peoples of this turbulent and mighty continent and why should it not take its rightful place with other great groupings in shaping the destinies of men ?

Winston Churchill

L'élection de George W. Bush, dont la notion du monde, souverainiste, représente une coupure par rapport à la perspective de l'administration précédente, et la subordination rigide de la politique étrangère américaine, suite au 11 septembre, à la formation d'une coalition internationale pour combattre le terrorisme du réseau Al-Qaida, sont venues poser en de nouveaux termes le débat sur le système international et le rôle qu'y joue la régionalisation. Les années quatre-vingt-dix ont été marquées par un intense débat sur le paradigme capable d'expliquer la conflictualité internationale et les tendances qui ont régi les relations interétatiques. Certains, comme Francis Fukuyama, ont mis l'accent sur la globalisation et le rôle intégrateur de l'économie de marché et de l'évolution technologique qui pourraient avoir comme conséquence, selon sa vision hégélienne de la « fin de l'histoire », la démocratisation et la reconnaissance des droits des individus [1]. Cette perspective optimiste est diamétralement opposée à celle de Samuel Huntington qui annonce un monde de conflits graves au long des lignes de clivage civilisationnel [2]. Ces thèses, bien que reposant sur des fondements divergents, ont toutes deux représenté un support idéologique à la prédominance des Etats-Unis et configuraient un monde unipolaire [3].

Les années quatre-vingt-dix ont toutefois aussi vu surgir nombre d'autres interprétations du système international reposant sur la réelle possibilité du renfort du multilatéralisme et sur le rôle toujours plus important du régionalisme, non seulement en tant que facteur de régulation de la globalisation économique, mais aussi comme matrice d'un ordre international post-hégémonique. Suite au 11 septembre, malgré le poids des circonstances et la prédominance de la politique de puissance suivie et encouragée par le gouvernement Bush, ce serait une erreur de rejeter définitivement l'hypothèse régionaliste, surtout dans une phase où l'introduction de l'euro représente

un pas significatif dans l'intégration européenne. Les mêmes questions essentielles continuent à se poser aujourd'hui en relation à l'intégration telles qu'elles se présentaient à la veille de l'élection de George W. Bush, voire du 11 septembre, bien que la conjoncture apparaisse aujourd'hui bien moins favorable.

Dans ce contexte, l'Union européenne est-elle un nouveau modèle d'organisation politique à vocation universelle, ou, en d'autres mots, assiste-t-on à une « européanisation » du monde ? Est-elle cette nouvelle forme de pouvoir que certains qualifient de post-souveraine [4] ou ne va-t-elle être dans le futur qu'un Etat de plus, une fédération d'Etats comme les Etats-Unis, un super-Etat doté d'une politique extérieure et de défense venant s'encadrer dans la logique traditionnelle de la concurrence interétatique et de la *power politics*, dans un monde multipolaire *?* Quelle est la signification des autres expériences régionales, telles que le Mercosul, la Communauté andine, l'ASEAN, l'ALENA, la CEI ou la SADC ?

Les groupes régionaux sont-ils les embryons de nouveaux blocs fermés, se concurrençant entre eux et au sein desquels, comme dans les années trente, s'exercera l'hégémonie d'un Etat donné ? Le régionalisme, sous toutes ses formes, semble de toute évidence correspondre aujourd'hui à des nécessités et à des défis différents de ceux des années trente et a su échapper jusqu'à présent à la logique du néomercantilisme et à la création de blocs antagoniques comme lors de l'entre-deux-guerres. L'Union européenne, malgré les critiques émises quant à son protectionnisme agricole, a défendu le multilatéralisme dans le cadre de l'OMC.

Le régionalisme est aujourd'hui vu par ses défenseurs non seulement comme compatible avec la libéralisation du commerce mais aussi comme l'antichambre de l'insertion sur le marché mondial, certains l'appellent le modèle après guerre froide [5]. Il apparaît également comme la forme la plus appropriée pour gérer de manière pacifique les différends entre voisins et consolider les processus de transition politique et les réformes économiques, voire même, en l'absence d'un système multilatéral efficace, comme un acteur dans la gestion des conflits entre ses membres. Ces objectifs sont donc bien distincts de ceux des années trente.

Le régionalisme revêt cependant les formes les plus diverses, de l'intégration profonde, avec l'Union européenne, dotée d'institutions supranationales, à des espaces régionaux de libre-échange, comme l'ALENA, ou à des projets interrégionaux, comme l'APEC. La plupart des pays se trouvent, d'une manière ou d'une autre, engagés dans des processus de régionalisation. Il est toutefois indiscutable que le régionalisme connaît un plus grand succès dans certaines régions que dans d'autres. Il est dès lors aussi important d'analyser les raisons sous-jacentes à l'échec de certaines initiatives, telles que celle de l'Union du Maghreb arabe (UMA) ou la faiblesse du régionalisme dans certaines régions du monde, comme l'Asie ou la rive sud de la Méditerranée, que les clefs du succès de certaines expériences, notamment celles de l'Union européenne et du Mercosul, pour comprendre ce phénomène.

Quoi qu'il en soit, le soutien aux processus de régionalisation, notamment d'intégration profonde, apparaît comme la priorité de la politique extérieure de l'Union européenne, pouvant lui conférer une identité propre et rebondir sur l'organisation du système international.

A. Régionalisme et nouveau Moyen Age

Après la guerre froide, le débat sur le système international s'est centré sur la recherche d'un nouveau paradigme capable d'expliquer les crises et les conflits et de fournir au moins l'ébauche d'un nouvel ordre international.

La globalisation est aujourd'hui le concept le plus utilisé pour décrire le système économique international ainsi que, de plus en plus fréquemment, les systèmes politiques et culturels [6] et non le stratégique. Ce terme renvoie bien souvent à des interprétations diverses, en règle générale imprécises, se référant tant à un processus qu'à une idéologie.

La globalisation peut être conçue comme un facteur objectif : la mondialisation de l'information, la vitesse et l'ampleur des flux financiers transnationaux, le poids grandissant des acteurs transnationaux, rendus possibles par l'universalisation des progrès scientifiques et technologiques qui ont, selon les termes d'Helio Jaguaribe, « placé les civilisations contemporaines dans l'obligation d'incorporer la modalité occidentale d'exercice de la rationalité instrumentale » [7]. Ses effets ont soulevé la question du contrôle démocratique [8], par la difficulté croissante des gouvernements nationaux à peser de manière significative dans des décisions prises par des acteurs privés ou par d'autres Etats. D'un autre côté, nous assistons à l'expansion de la démocratie et à l'élargissement sur tous les continents du débat sur l'universalisation des droits fondamentaux et leur compatibilité ou incompatibilité avec les valeurs traditionnelles. Rappelons à cet égard que les Etats démocratiques comptent aujourd'hui plus d'habitants que les Etats dictatoriaux [9].

L'universalisation des valeurs fondamentales n'engendre pas forcément la fin de la diversité culturelle, religieuse ou de l'affirmation de la diversité des civilisations. On assiste aujourd'hui à une prise de conscience de l'importance que revêt la pluralité culturelle, condition même de la survie de la démocratie.

La globalisation a favorisé l'ancrage de mouvements d'opinion transnationaux autour de questions telles que les droits de l'homme ou l'environnement, la création de réseaux dotés d'une grande capacité d'influence. Les Etats et leurs organisations prennent de plus en plus en considération ces acteurs dans la définition de leur politique et cherchent à les intégrer dans leurs actions menées vers l'extérieur.

La globalisation peut aussi renvoyer à une idéologie : la prédominance du courant néolibéral, l'acceptation passive de règles uniformes de « déréglementation », de restructuration et d'ouverture commerciale, la prédominance, en somme, d'une pensée unique en matière de politique économique. Pour les idéologues « néolibéraux », l'intégration, voire le régionalisme ouvert, est un détour, l'affirmation d'un particularisme dangereux, une distorsion des règles du jeu, d'autant plus que l'amélioration de la compétitivité des entreprises sur le marché global est également l'un des objectifs des processus d'intégration. Perçue en tant qu'« idéologie de globalisation », on l'identifie avec le modèle américain, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elle ne compte pas parmi ses opposants une partie de l'opinion américaine et parmi ses défenseurs quelques néolibéraux influents des pays de l'Union européenne. La globalisation, vue en tant qu'imposition du modèle néolibéral, est cependant considérée comme incompatible avec le modèle européen, reposant sur un objectif de cohésion sociale, et de ce fait comme une menace pour les projets d'intégration

supranationale. C'était dans cette optique qu'a été combattue la vision thatchérienne de la Communauté européenne.

Avec la fin de la bipolarité, du point de vue de la sécurité, nous avons assisté à une déglobalisation stratégique, au manque d'un paradigme pouvant expliquer la plupart des conflits, à l'absence de conflits majeurs au niveau global. Une nouvelle guerre mondiale a en effet disparu du domaine des probabilités mais nous assistons en même temps à la profusion de conflits locaux et surtout de conflits interétatiques difficiles à résoudre qui mettent en cause des unités politiques en place.

La mondialisation du système économique international n'a pas correspondu à la mise en place d'un gouvernement mondial. Elle n'a pas entraîné de renforcement significatif du multilatéralisme dans le cadre des Nations unies, ni l'instauration d'un gouvernement du monde à partir d'un centre puissant comme les Etats-Unis ou d'un directoire de puissances, le G8. De plus en plus de critiques sont émises quant à l'incapacité du G8 et d'organisations comme le FMI à réguler le système financier mondial et à tracer des politiques adaptées au combat contre les énormes injustices sociales.

S'il n'existe pas de gouvernement de la globalisation, force est de constater que les Etats et les démocraties nationales voient leur pouvoir s'affaiblir. L'Etat est devenu trop restreint pour faire face à certains problèmes et en même temps trop vaste pour faire face à d'autres, soit «*a shift away from the state – up, down and sideways – to supra-state, sub-state and non-state actors*», comme le décrit Jessica T. Mathews [10]. Le cadre national est aujourd'hui considéré comme insuffisant pour expliquer l'évolution des sociétés et le processus de décision, même dans le domaine de la politique intérieure. Bon nombre de décisions, parmi celles qui touchent à la vie quotidienne des citoyens, sont prises par des acteurs transnationaux autonomes, par des réseaux multiples, étatiques ou non, ce qui rend obsolète l'analyse du système international sur la seule base de l'Etat [11].

L'affaiblissement de l'Etat-nation ne signifie pas qu'il cesse d'être un acteur essentiel du système international, qui s'est adapté à la nouvelle situation en s'associant à d'autres Etats afin de tirer parti et de faire face aux défis de la globalisation. En parallèle à ces réseaux de la société civile, des réseaux étatiques de fonctionnaires gouvernementaux pèsent de plus en plus dans les prises de décision. Les réseaux de juristes qui accompagnent l'évolution du droit international sont également de plus en plus influents.

Le principe associatif à une échelle supérieure à celle de la nation, de type confédéral ou fédéral, semble aussi être une réponse à la désarticulation sous-étatique. On le retrouve dans la volonté d'adhésion au processus européen de la Slovénie ou de la Slovaquie, ou encore dans la conciliation avec le processus européen de la fragmentation de la Belgique et l'affirmation du pouvoir des régions autonomes espagnoles. La dimension sous-étatique est, elle aussi, essentielle au développement économique et à la représentation démocratique des citoyens.

Cette déterritorialisation, sous l'influence des pouvoirs locaux et des acteurs transnationaux politiques et religieux, a parfois fait l'objet d'une appellation imprécise : le nouveau Moyen Age [12].

B. Le régionalisme : une nouvelle échelle de gouvernance

La régionalisation est indiscutablement une tendance du système international actuel. Elle recouvre des formes très diverses que nous pouvons qualifier, pour simplifier, de régionalisme ouvert, comme l'ALENA, l'APEC, ou d'intégration profonde, avec l'Union européenne et le Mercosul, ou encore de régionalisme virtuel, comme dans le cas de la CEI, né du besoin de mener à bien le processus de désarticulation d'un empire [13]. Il existe aussi une série de projets de coopération régionale dans les domaines économique, politique et de sécurité, notamment en Afrique (SADC, CEDEAO) qui ne correspondent pas à des processus effectifs d'intégration économique [14]. L'ASEAN essaye d'évoluer du politique à l'économique par la mise en place d'une zone de libre-échange, processus dans lequel elle rencontre de nombreuses difficultés. L'Asie, malgré le succès relatif de l'ASEAN, apparaît encore comme une région désintégrée, et il en sera ainsi tant que le Japon, la Chine ou l'Inde resteront étrangers au phénomène du régionalisme asiatique, même si des formes non institutionnelles d'organisation d'interdépendance régionale sont en train d'émerger [15], surtout en Asie orientale, ce dont témoigne par exemple la mise en place des réseaux commerciaux chinois.

Le régionalisme ouvert peut se caractériser comme la politique que les pôles plus ou moins définis du système international suivent pour structurer leurs relations extérieures, économiques, mais aussi politiques et de sécurité, au travers d'accords de libre-échange. C'est dans cette intention que les Etats-Unis, l'Union européenne, et aujourd'hui le Mercosul, multiplient les accords commerciaux, en priorité avec les pays voisins, mais aussi avec des régions plus éloignées.

Les internationalistes libéraux de l'administration Clinton concevaient la globalisation à la fois comme un processus et une idéologie, et la poursuivaient activement au travers de la régionalisation du monde. Le régionalisme ouvert était, dans cette perspective, un projet de libre-échange à l'échelle planétaire où « les accords commerciaux de l'après guerre froide étaient devenus l'équivalent des pactes de sécurité de la guerre froide ».

Le gouvernement américain estimait que ces accords étaient porteurs des intérêts et des valeurs américains dont il souhaitait voir le reflet dans toutes les régions du monde. L'administration Clinton a poursuivi activement la globalisation du monde, autour du centre formé par les Etats-Unis, à partir de méga-accords, tels que la ZLEA, l'APEC ou la proposition du *Transatlantic market-place*. Elle s'est heurtée toutefois dans cette démarche à l'opposition de secteurs isolationnistes de la société américaine influents ainsi qu'à celle des syndicats, comme l'AFL-CIO (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization) [16]. Les secteurs influents du Parti démocrate défendent plutôt une perspective isolationniste, la croyant (peut-être à raison) plus proche du sentiment de la plupart des Américains. Ceci explique pourquoi le Congrès a refusé au président Clinton le *fast track* [17] qui lui aurait permis de négocier directement des accords de libre-échange, notamment avec les pays d'Amérique latine.

La nouvelle administration Bush a une vision de la régionalisation nettement moins ambitieuse et moins politique que celle défendue par l'administration Clinton et montre un grand manque d'enthousiasme à l'égard des processus d'intégration

profonde, comme l'Union européenne ou le Mercosul. La zone de libre-échange des Amériques a toutefois été inscrite sur la liste des priorités de la nouvelle administration, avant que son programme ne soit dominé par la lutte antiterroriste. Le président Bush a d'ailleurs obtenu, en décembre 2001, l'approbation de la Chambre des représentants du *fast track,* officiellement appelé Trade Promotion Authority (TPA), présentant toutefois d'énormes restrictions au libre-échange dans le domaine de l'agriculture et des textiles. Le président Fernando Henrique Cardoso a déclaré que « si ces conditions étaient prises au pied de la lettre, cela signifierait qu'il n'y aurait pas de ZLEA ».

Pour les Etats-Unis, les accords de libre-échange sous-jacents à leur modèle de régionalisme ouvert s'inscrivent dans le processus de globalisation et d'affirmation de la prépondérance américaine. Robert B. Zoellick, représentant de l'administration actuelle pour le commerce a affirmé : « si l'Amérique lie son économie à celles de régions clés, elle peut également promouvoir son programme politique » [18]. George W. Bush a perçu le régionalisme ouvert comme un instrument favorable au libre-échange américain et admis qu'il s'agissait d'une forte tendance, à laquelle les Etats-Unis ont peu participé, ce qui a placé les entreprises américaines en situation de désavantage. Le régionalisme ouvert selon la version américaine est difficilement compatible avec les processus d'intégration profonde qui vont au-delà d'une zone de libre-échange, tels que le Mercosul, ce qui est particulièrement clair depuis l'administration Bush, moins tolérante que l'administration Clinton par rapport au Mercosul. L'opposition à la ZLEA a par conséquent grandi au Brésil, cet accord étant aujourd'hui vu par un grand nombre d'hommes politiques comme un instrument d'influence des Etats-Unis.

L'Union européenne cherche aussi à promouvoir le régionalisme ouvert en établissant un réseau d'accords de libre-échange qui suscite aussi une opposition interne, moins virulente qu'aux Etats-Unis, de la part de certains pays européens, notamment de ceux dont le *lobby* agricole est puissant, comme en France. Le partenariat euro-méditerranéen, visant à la création d'une zone de libre-échange entre l'Union européenne et ses partenaires du Sud, s'insère dans cette démarche [19].

Les processus d'intégration – ou d'intégration profonde – tels que l'Union européenne et le Mercosul, constituent une forme de régionalisme qualitativement différente. L'intégration se distingue du régionalisme ouvert car elle tend à la fixation d'un pôle du système international. Elle ne va pas seulement au-delà de la proposition de libre-échange mais implique aussi un changement dans les relations interétatiques et les positions communes envers l'extérieur, au moins dans le domaine commercial. Ce degré élevé d'harmonisation de la politique extérieure peut empêcher que des différences significatives ne mettent en cause sa viabilité. L'Union européenne et le Mercosul sont nés dans des conditions différentes et répondaient au départ à des objectifs distincts. La Communauté européenne, dans l'après-guerre, tendait à rendre impensable une guerre entre ses Etats membres. Le projet du Mercosul, dans le contexte de l'après guerre froide, a émergé en vue de répondre aux défis lancés par le marché global.

L'intégration profonde, dépassant le simple processus de coopération intergouvernementale, sous-entend un fort degré d'institutionnalisation. Dans le cas de l'Union européenne, l'exemple le plus avancé d'intégration, cela a impliqué

une souveraineté partagée, la création de structures supranationales, comme la Commission européenne et la Cour de justice.

Le déficit institutionnel du Mercosul est une faiblesse du processus, qui le rend plus vulnérable envers l'extérieur et l'expose au risque de désintégration par l'action de forces centrifuges, telles que les projets hémisphériques des Etats-Unis ou par ses crises internes, avec la crise brésilienne, à la fin des années quatre-vingt-dix et ensuite avec la profonde crise argentine, de 2001-2002.

Certains Etats suivent des initiatives se voulant régionales et auxquelles un sigle est attribué, mais en l'absence de tout type d'institutions ou en face de l'extrême fragilité des institutions existantes, ces organisations régionales se voient dans l'impossibilité de définir des politiques communes, que ce soit du point de vue interne ou externe, c'est ce qu'on pourrait appeler le « régionalisme virtuel ». L'inexistence de mécanismes permettant de contrebalancer les pouvoirs entre petits et grands Etats peut également signifier la tendance à l'intégration par l'hégémonie. Dans le cas du Mercosul, la faiblesse institutionnelle le rend moins capable de résister à la dissolution dans la ZLEA et fait ressortir encore plus clairement les asymétries existantes.

La plupart des Etats de l'Europe, de l'Amérique et de l'Afrique, ainsi que certains pays de l'Asie sont engagés dans des processus de régionalisation ou de coopération sous-régionale, dont l'importance varie. Ces projets ont cependant démontré que les Etats sont toujours des acteurs de poids, certainement décisifs, si l'on considère que les processus de régionalisation relèvent de leur initiative. L'Union européenne, revêtant la forme la plus avancée de constitutionnalisme supranational, est elle-même née, dans l'après-guerre, de la nécessité de survie et de reconstruction des Etats européens [20].

Que le régionalisme soit né de l'initiative des Etats signifie également que ces derniers se doivent de mettre fin à une situation qui les plaçait comme les uniques acteurs du système, remontant au traité de Westphalie, au sein duquel les relations étaient dominées par la *power politics* et l'équilibre de puissance. Ce système permettait que la politique internationale soit essentiellement perçue au travers d'une perspective réaliste, à partir de pôles bien définis, situation que la bipolarité n'est pas venue modifier. Il est aujourd'hui impossible de ne concevoir la politique internationale qu'à partir des Etats et de la définition de leurs intérêts. Ceci est bien plus évident en ce qui concerne les Etats démocratiques, et surtout ceux qui se trouvent engagés dans des processus d'intégration profonde.

Il existe une tension entre régionalisme ouvert et intégration profonde. La plupart des Etats vont, très probablement, et ce d'ici peu de temps, participer sous une forme ou une autre à des initiatives de régionalisme ouvert, notamment à celles promues par les Etats-Unis et l'Union européenne. En règle générale, ces processus sont asymétriques, du point de vue de la solidité de leurs institutions et de leur développement économique. Mais une telle situation ne va pas pour autant cesser de révéler de manière encore plus accentuée la nécessité des pays d'une région donnée de participer à des processus d'intégration profonde s'ils veulent devenir des acteurs de poids dans le système international. Cette question se pose surtout aux partenaires méditerranéens de l'Union européenne. Le PEM (Partenariat euro-méditerrannéen) n'est pas un substitut de la coopération au Maghreb et dans le Moyen-Orient. Cette

coopération sous-régionale est essentielle à la paix et au développement dans ces deux régions. Cette même question explique l'attitude des pays du Mercosul à ne pas vouloir se dissoudre dans la ZLEA.

C. Le régionalisme en tant que force structurante du multilatéralisme

La différenciation entre les niveaux national, régional et international, bien qu'elle se soit atténuée, existe toujours.

La représentation démocratique et la citoyenneté continuent à s'exercer presque exclusivement à l'échelle nationale. Il s'agit aussi de la dimension que l'on retrouve le plus souvent dans le recours légitime à la violence. Il n'existe pas encore de démocraties supranationales et cette question demeure au centre du débat européen.

Le niveau régional semble être pour certains la dimension essentielle à la participation des acteurs économiques, scientifiques et technologiques, aux échanges mondiaux. L'intégration est perçue comme une condition à une insertion compétitive sur le marché international. Marquée par un pragmatisme libéral [21], l'insertion sur le marché mondial se fait de manière graduelle et protégée, les Etats pouvant se reposer sur les avantages de leur appartenance à un marché régional.

Dans un modèle d'intégration profonde, comme celui que suit l'Union européenne, cela implique qu'un ensemble de programmes spécifiques d'appui aux entreprises, d'infrastructures, de coopération scientifique et technologique soit mis en place. Ces programmes ont l'avantage de venir atténuer l'éventuel impact social négatif de la libre concurrence et de rendre le pays plus attrayant pour l'investissement extérieur et ses acteurs plus compétitifs.

Le niveau régional apparaît aussi comme une nécessité pour que les Etats se sentent plus à même de peser dans l'ordre international. Il s'agit très certainement du cas de l'Union européenne ou du Mercosul, des pays de l'ASEAN, ou de l'ALENA.

Il existe cependant un ensemble de questions qui ne trouvent de réponse ni dans le cadre national ni dans le cadre régional, en raison de l'interdépendance croissante se vérifiant entre les diverses régions. Ceci est propre non seulement au domaine économique et financier mais aussi à celui de la sécurité (prolifération d'armes de destruction massive, trafic de drogue, certains aspects de la grande criminalité, terrorisme).

Ces problèmes exigent une concertation internationale et l'établissement de règles globales [22] qui soient acceptées par tous. Aucun Etat, pas même les Etats-Unis, n'est en mesure d'imposer seul de nouvelles règles du système international. Les organisations non gouvernementales ont également pris conscience du fait qu'elles n'auraient pas, sans une action internationale concertée, la capacité d'influencer l'évolution internationale dans des domaines tels que les droits de l'homme ou l'environnement.

Les regroupements régionaux auront ainsi tendance à concerter leurs positions, à établir des structures de coopération interrégionale et à devenir les principaux promoteurs d'une réglementation multilatérale du système international.

Dans cette optique, le multilatéralisme n'est pas synonyme d'un système multipolaire, comme celui préconisé par Jacques Chirac, mettant en balance pouvoirs et alliances changeantes et qui verrait par exemple l'Union européenne s'allier à

la Chine ou au Japon pour contrebalancer sa relation avec les Etats-Unis. Il est au contraire synonyme d'un système fortement appuyé sur le rôle modérateur des Nations unies et sur la promotion de nouvelles règles dans les relations internationales, qui, selon les termes de Jean-Marie Guéhenno «*would be based neither on the indefinite supremacy of the United States, nor on the pursuit of independence and sovereignty as the ultimate goal of a political entity*» [23]. Dans la phase actuelle du système international, où un seul pôle, celui des Etats-Unis, a des contours parfaitement définis (ce qui conduit certains à considérer l'actuel système comme unipolaire), le renforcement du régionalisme apparaît non seulement comme une condition nécessaire à l'équilibre de la vie mondiale, mais aussi comme facteur de sa régularisation. La politique antiterroriste de l'administration Bush ne s'appuie ni sur les Nations unies, ni sur le régionalisme, mais sur une coalition de puissances. La fin de la bipolarité qui paralysait les Nations unies permet d'envisager ce projet.

C'est ici que surgit le multirégionalisme – compris non comme une subversion mais comme un renforcement du multilatéralisme – permettant de reconnaître l'identité des processus d'intégration et de les doter d'une capacité structurante dans la définition du système international. Ce modèle présuppose que les processus d'intégration – tout en conservant leurs caractéristiques et leurs rythmes distincts – aient tendance à aller *au-delà du commerce* et à revêtir, tôt ou tard, une dimension politique qui devra être soutenue par une architecture institutionnelle.

Les promoteurs du régionalisme moderne sont défenseurs du multilatéralisme et de la régularisation de l'ordre international. En cette phase pessimiste de l'après guerre froide, marquée par la prédominance américaine et la dépendance excessive vis-à-vis des Etats-Unis dans la résolution des crises, la tendance à l'unilatéralisme s'accompagne par moments d'isolationnisme et le régionalisme apparaît comme le pilier essentiel du multilatéralisme et de la régularisation. La politique antiterroriste de l'administration Bush ne s'appuie ni sur les Nations unies, ni sur le régionalisme, mais sur une coalition de puissances. Les Etats-Unis s'assument, comme le souligne Joseph Nye [24], comme les juges unilatéraux de ceux qui soutiennent ou non le terrorisme. La manière dont a été organisée la réponse aux attentats terroristes par les Etats-Unis n'a fait qu'augmenter les préoccupations envers les tendances unilatéralistes de l'actuelle administration américaine.

D. Conditions de la réussite

L'intégration profonde, qui est une association librement consentie et démocratiquement légitimée, si elle ne doit pas obéir à un modèle unique, présuppose cependant toujours qu'il y ait un degré élevé de convergence politique entre les Etats qui la composent et la décision d'atteindre un degré significatif de convergence économique, de poursuivre des objectifs communs et de résoudre d'éventuels différends par la concertation. Les processus d'intégration résultent d'une décision souveraine des Etats de se soumettre volontairement à une discipline collective. La légitimation publique de cet exercice de discipline auto-imposé est une condition à leur stabilité et à leur durabilité [25].

Le modèle européen repose sur la relation, établie dans les traités (authentique processus constitutionnel), entre intégration économique et finalité politique.

L'intégration par le marché liée à la création d'institutions stables et démocratiques a pour objectif de surmonter les rivalités historiques traditionnelles, de faire converger les politiques extérieures et de sécurité des Etats membres et de consolider leurs démocraties ainsi que de garantir des relations pacifiques. C'est avant tout pour renforcer leur processus démocratique que les nouveaux régimes du Portugal et de l'Espagne ont établi comme objectif prioritaire l'intégration européenne. Les motivations qui sont aujourd'hui à la base de l'élargissement de l'Union à l'Europe centrale, fondamentalement orienté vers la consolidation de la transition démocratique, sont de nature similaire.

Les projets d'intégration régionale entre Etats non démocratiques ont eu en règle générale peu de succès – que l'on observe à cet égard l'échec de l'Union du Maghreb arabe, regroupant le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Libye et la Mauritanie, malgré la grande portée de son traité constitutif. Les processus de coopération politique intergouvernementale (avec ou sans dimension de coopération économique) n'ont pas besoin, pour se développer, de reposer sur la convergence démocratique de ses membres, d'autant qu'à leur origine il y avait des problèmes spécifiques de sécurité internationale ou régionale au lieu d'une solidarité pour le maintien des régimes en place. Certains ont réussi, comme l'ASEAN, qui se trouve cependant aujourd'hui devant la nécessité de trouver une nouvelle plate-forme de convergence capable de freiner les tendances à la conflictualité interétatique. La difficulté ressentie par les pays de l'ASEAN à s'adapter à l'après guerre froide est d'ailleurs commune à un ensemble très diversifié d'organisations régionales qui sont nées d'elle ou à cause d'elle. Le caractère non démocratique de la plupart des pays de l'ASEAN est certainement à l'origine de ses difficultés et de la réticence des pays démocratiques de l'Asie, comme le Japon, à les rejoindre.

Si nous comparons les progrès du Mercosul, malgré ses difficultés, et l'échec de l'Union du Maghreb arabe, nous constatons que : a) aussi bien pour le Mercosul que dans le cas de l'UMA, les gouvernements des deux régions se sont rendu compte des limites de l'Etat national dans le contexte de la globalisation ; b) la culture nationaliste traditionnelle, en revanche, pèse encore d'un poids bien plus lourd en Afrique du Nord [26] que dans le cône sud de l'Amérique latine ; c) alors qu'il y a convergence politique démocratique dans le Mercosul, en Afrique du Nord, la convergence politique fait défaut et les réformes politiques sont encore timides.

Au Moyen-Orient, la nécessité de créer un nouveau type de rapports entre voisins a favorisé, après Oslo, la coopération régionale. Mais ces projets ont échoué avec la rupture du processus de paix dans une démonstration claire que la culture stratégique dominante n'avait pas changé, et au sein de laquelle une politique de puissance continuait à s'imposer [27].

La conception de la coopération régionale sous ses aspects les plus divers en tant que facteur essentiel à la construction de la paix transparaissait dans les différents schémas de coopération multilatérale lancés depuis la conférence de Madrid de 1991, notamment dans les cinq groupes de travail : sécurité régionale et contrôle des armements, économie et développement régional, réfugiés, eau et environnement. L'interruption du processus de paix a conduit au blocage des négociations multilatérales.

L'analyse des différentes formes de régionalisme, de ses réussites et de ses échecs, permet de conclure que son succès semble lié aux progrès de la démocratie. Ce n'est pas par hasard si ses plus grands succès ont touché l'Europe et l'Amérique. En Asie et en Afrique, où les régimes démocratiques tardent à s'établir, les initiatives régionales ont du mal à aboutir.

Des expériences d'intégration et de coopération régionale existantes, nous pouvons conclure un ensemble de caractéristiques communes :

— l'Etat est un acteur important du processus, certainement décisif, si l'on considère que les projets d'intégration régionale relèvent de son initiative ;
— la coopération régionale, comme le dit Edgar Morin, naît de l'affirmation du principe associatif et de l'affaiblissement des courants isolationnistes et nationalistes radicaux ;
— la coopération régionale implique la délégitimation de la définition par les Etats du partenaire comme un ennemi et une volonté de dépasser la culture de la politique de puissance ;
— un degré élevé de convergence démocratique est indispensable à la réussite de projets d'intégration profonde. Les projets d'intégration et de coopération régionale sont pour leur part un facteur de consolidation de l'Etat de droit et de la démocratie (Portugal, Espagne, Brésil, Argentine) ;
— les processus d'intégration résultent d'une décision souveraine des Etats qui s'assujettissent volontairement à une discipline collective. La légitimation publique de cet exercice de discipline auto-imposé est la condition de sa viabilité et de sa durabilité. L'engagement direct des dirigeants politiques, d'entrepreneurs, de syndicats et d'autres secteurs de la société civile est essentiel à la légitimité sociale des processus de coopération et d'intégration ;
— la société civile et ses organisations sont appelées à jouer un rôle croissant dans le lancement et la consolidation de projets de coopération régionale ;
— les réseaux non gouvernementaux, mais aussi gouvernementaux, facilités par la globalisation de l'information jouent aujourd'hui un rôle important dans la création de courants d'opinion transnationaux. Paradoxalement, la diminution de l'importance de l'Etat national contribue à renforcer la société civile et donc à rendre les citoyens plus actifs et informés. Les Etats impliqués dans des espaces d'intégration doivent promouvoir le travail de ces réseaux, prenant en compte leur rôle dans le renforcement de la durabilité publique du processus, la mobilisation des citoyens et l'élargissement d'une connaissance mutuelle dans tous les domaines ;
— la coopération régionale, comme le montrent les expériences actuelles, se développe à partir de projets économiques, politiques, militaires bien concrets, reposant sur des intérêts communs. L'ouverture économique qui caractérise la politique commerciale de la plupart des Etats et qui semble liée au phénomène de la globalisation n'implique pas que tous les Etats d'une région déterminée soient disponibles pour trouver ou bien rendre effectif un terrain favorable dans la région, et s'encadrera dans une relation avec des partenaires extra-régionaux. L'intégration se développe de forme graduelle à partir d'un petit nombre d'Etats ;

— la coopération régionale doit répondre aux problèmes de pauvreté, de marginalisation sociale et des asymétries en matière de développement ;
— la coopération régionale rend possible et implique une nouvelle doctrine militaire et la subordination du pouvoir militaire au politique, la prédominance d'entités civiles dans la formulation et la conduite de la politique de défense. Cela suppose, pour certains pays, une redéfinition de leur concept de sécurité et la relativisation du rôle de l'armée ;
— les projets d'intégration qui ont abouti contenaient une clause démocratique, exigeant des Etats candidats à la qualité de membre d'être démocratiques et prévoyant des sanctions contre des Etats qui cesseraient d'être des démocraties et impliquaient la reconnaissance du rôle des Etats et la recherche constante de leurs intérêts communs ; la légitimité sociale ; l'acceptation d'une discipline collective ; une nouvelle culture stratégique et militaire et la création de courants d'opinion transnationaux par l'action des réseaux.

E. Régionalisme et identité culturelle

Le régionalisme coexiste dans le monde avec l'émergence du nationalisme identitaire, des « politiques de culture » et la popularité de la théorie de Huntington sur les chocs inévitables des civilisations, notamment de l'occidentale avec l'islamique. Cette théorie est le miroir des théories de l'islamisme radical selon la version extrême de Ben Laden ou d'autres comme celle du FIS algérien.

Les projets d'intégration qui ont abouti jusqu'à ce jour ont été ceux qui ont résisté à une définition culturelle ou civilisationnelle. Il s'est agi des projets, comme l'UE, le Mercosul ou l'ALENA, qui se sont définis en fonction d'objectifs politiques et économiques. Leur dimension est, à l'heure actuelle, non pas continentale mais sous-régionale. Cependant, on vérifie aujourd'hui une tendance à définir l'identité des unités politiques à partir de valeurs culturelles et religieuses. En ce qui concerne le régionalisme, nous assistons à une évolution vers la continentalisation et par là à son renforcement dans un espace culturel donné. Il s'agit très clairement de l'orientation de l'Union européenne qui va très probablement s'élargir à l'Est dans les prochaines décennies et consolider une région pan-européenne. Le Mercosul tend à devenir le noyau de cohésion de l'intégration en Amérique du Sud et les Etats-Unis consolident l'ALENA en Amérique du Nord et préconisent une zone de libre-échange s'étendant à l'ensemble du continent américain [28]. En Asie du Sud-Est, certains leaders de l'ASEAN ont tenté de poser, bien que sans succès, la question des valeurs asiatiques en tant qu'élément d'identification du projet. La démocratisation de l'Indonésie, le processus d'indépendance du Timor oriental et le renfort du courant démocratique dans d'autres pays de la région, sont venus apporter des conditions plus favorables à l'intégration régionale et affaiblir le courant culturaliste et relativiste. Mais le futur de la régionalisation de l'Asie orientale va-t-il nécessairement impliquer une construction à l'échelle continentale, englobant la Chine et le Japon, à partir d'une définition culturelle de son identité ?

L'analyse des processus actuels de régionalisation révèle que ceux qui ont abouti se sont appuyés sur la construction d'une convergence politique déterminée. Les pays arabes, au-delà d'une langue commune, d'une forte convergence religieuse et d'un

sentiment de solidarité au niveau des opinions publiques, défendent des positions opposées à l'égard des conflits militaires, comme cela a été le cas lors de la guerre du Golfe.

La question de l'identité joue aussi un rôle important dans le débat sur l'intégration dans les pays de la rive Sud de la Méditerranée, dans les pays arabes, mais aussi en Israël. La Ligue arabe préconise la création d'un marché commun arabe, sans succès pour le moment et avec peu de probabilités, dans le contexte actuel, de venir à se concrétiser. Le discours pan-arabiste, reposant sur l'idée d'un retour à l'« âge d'or du monde arabe », même s'il garde un certain écho, perd l'appui des secteurs les plus dynamiques des pays arabes. La version plus récente de l'intégration identitaire est celle qui a été préconisée par les courants de l'islamisme politique, mais le panislamisme, malgré sa popularité auprès de secteurs significatifs de la population, reste, avant tout, une forme de nationalisme qui se substitue au panarabisme discrédité.

La coopération régionale sur la rive sud de la Méditerranée a plus de chance de réussir au niveau sous-régional et implique aussi le refus d'une identité culturelle du projet. Tous les pays de la région, spécialement Israël, ne partagent pas la même culture. En mettant l'accent sur une culture uniforme, on met au second plan les questions politiques, économiques et sociales qui sont précisément l'objectif de l'intégration. La dimension essentiellement politique des projets d'intégration est donc particulièrement importante.

Au niveau sous-régional, on peut conclure que l'établissement de la coopération en tant que principe directeur restera improbable tant que la politique d'identité prévaudra sur la politique d'intérêts. Les politiques d'identité et le nationalisme radical sont une entrave majeure à la coopération régionale et dans certains cas, à l'existence de relations interétatiques normales. Un courant fonctionnaliste gagne pourtant de l'ampleur parmi les intellectuels en Afrique du Nord, qui correspond au passage du courant culturaliste à une préoccupation utilitariste.

Dans l'Union européenne, cette question s'insère dans le débat sur l'élargissement à la Turquie et dans le cadre de la problématique de l'émigration. L'identité de l'UE, selon les termes du traité d'Amsterdam, est politique, et non pas culturelle ou religieuse. Certains préconisent une définition chrétienne de l'identité européenne qui exclurait non seulement la Turquie, mais aussi les millions de musulmans citoyens de l'Union européenne. Une telle définition de l'Union européenne mettrait en cause les principes et les valeurs de nature politique sur lesquels elle a été fondée, visant à l'intégration autour d'un même objectif de l'énorme diversité étatique, régionale et culturelle des pays de l'Europe. La raison du succès de l'Union européenne est d'être un projet d'intégration ouverte – « l'ouverture implique, avant tout, une société plurielle qui défende les valeurs de la démocratie politique, de la diversité culturelle et religieuse, de la libre concurrence, de la participation des citoyens, de l'associationnisme et de la souveraineté partagée, et qui projette et promeuve ces valeurs dans ses relations extérieures. Cela impose également qu'elle affirme son opposition à la création de blocs économiques fermés et de défendre le multilatéralisme fondé sur le régionalisme, soit dans le cadre des Nations unies, soit dans celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) » [29].

Un monde reposant sur des blocs géants à dimension continentale et se définissant culturellement serait bien dangereux. Bien que nous en soyons loin, le risque que représente la tendance au nationalisme identitaire ne doit pas être sous-estimé.

F. Intégration et résolution de conflits

Du point de vue de la sécurité, il est indiscutable que les processus de régionalisation sont des facteurs modérateurs des tensions interétatiques. Plus un processus est profond, plus il agit positivement sur les relations entre pays voisins. La guerre entre les Etats membres de l'Union européenne, est devenue impensable. Dans le Mercosul, le Brésil et l'Argentine ont abandonné leurs projets nucléaires et ont cessé de se considérer mutuellement comme des ennemis potentiels.

Dans les autres régions, l'appartenance à des projets dits d'intégration régionale, n'a pas empêché les confrontations militaires entre deux Etats membres ; il en a été ainsi entre l'Equateur et le Pérou, tous deux membres de la Communauté andine, qui a tout au plus joué un rôle d'amortisseur dans cette crise. Dans ce cas, l'absence d'une convergence politique fondée sur la démocratie explique non seulement la faiblesse de l'intégration mais aussi la conflictualité interétatique.

D'autres projets de coopération régionale, comme la SADC ou la CEDEAO, dont les objectifs étaient à l'origine principalement de nature économique, ont progressivement acquis une dimension militaire pour servir d'instruments de défense de régimes contestés par des oppositions armées et de sous-traitants, pas toujours efficaces, des Nations unies : résultat du manque de volonté d'intervention des membres du Conseil de sécurité. A cet égard, la CEDEAO/ECOMOG (Economic Community Monitoring Group) a été perçue à plusieurs reprises comme l'instrument de volonté d'hégémonie du Nigeria [30].

La relation entre régionalisme et sécurité est d'ailleurs assez complexe. Les projets de régionalisme démocratique que nous avons qualifiés d'intégration ouverte sont, indiscutablement, un facteur de paix, une garantie contre l'éventualité d'une guerre entre Etats membres, une puissante mesure de confiance mutuelle. Les autres formes de régionalisme peuvent modérer les crises mais ne sont pas une garantie contre les conflits interétatiques et peuvent même servir des projets hégémoniques.

Des projets de régionalisme ouvert comme le PEM ont été conçus en vue de répondre à des défis politiques de sécurité, cette dimension étant également présente dans l'ALENA. Pour l'Union européenne, le PEM devrait contribuer au développement économique et aux réformes politiques en Afrique du Nord et au Moyen-Orient pour éviter l'expansion de l'islamisme radical. Il s'agirait aussi d'une mesure de confiance mutuelle, d'un amortisseur des perceptions négatives réciproques qui se sont développées entre les deux rives de la Méditerranée. La portée et l'efficacité politique de cette forme de régionalisme n'ont pas encore pu être mesurées. Certains considèrent que la motivation de sécurité est trop centrale et qu'il y a là une dérive vers le tout-sécuritaire [31]. Le PEM gère cependant une dynamique relationnelle différente, entre plusieurs secteurs de la société qui pourra, à long terme, devenir un facteur de réforme politique et de paix. La notion de long terme est ici indispensable pour que les initiatives de régionalisme ouvert dans le domaine de la sécurité aient un impact significatif. Il est vrai toutefois que de nombreuses questions

de sécurité dépendent de réponses à court terme et devraient susciter des politiques de coaction, y compris militaires, au lieu de politiques d'inclusion. Jacques Delors, à l'époque président de la Commission, devait déclarer : « J'ai été convaincu, lorsque j'ai visité Belgrade en mai 1990, que les arguments économiques, pour cohérents qu'ils soient, n'allaient pas convaincre les auteurs des catastrophes futures et les faire reculer de leurs positions » [32].

Des espaces régionaux pourront-ils remplacer les Nations unies ou des organisations de sécurité telles que l'OTAN dans la gestion de conflits, en projetant leur pouvoir militaire au-delà de leurs frontières ? L'expérience européenne révèle la difficulté que représente le développement d'une politique de défense commune entre des Etats engagés dans des processus d'intégration économiques et politiques, dans la construction d'une puissance civile. Le maintien de la cohésion du groupe apparaît comme prioritaire par rapport au besoin d'agir en relation à des conflits hors de l'espace intégré.

Il faut faire référence à cet égard aux projets de régionalisation qui sortent du cadre continental et qui se destinent à des pays à forte différenciation culturelle : l'APEC, malgré la nature presque exclusivement commerciale de son programme ou le plus ambitieux partenariat euro-méditerranéen. L'ALENA, de son côté, a été la première expérience de régionalisme à impliquer des pays du Nord et du Sud, franchissant la ligne de séparation traditionnelle entre premier et tiers monde, et que certains ont appelé régionalisme Nord-Sud. La même logique existe dans la proposition de l'Union européenne de créer une zone de libre-échange avec les pays du Sud dont la concrétisation est assez difficile.

G. La politique de l'Union européenne

L'Union européenne n'a pas encore été capable de mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune (PESC) cohérente et efficace et les progrès faits à partir d'Amsterdam de ce point de vue n'ont pas été décisifs. Ce serait cependant une profonde erreur de penser que la politique extérieure de l'Union est inexistante : il suffit d'observer sa politique économique envers l'extérieur, son aide au développement, les relations qu'elle entretient avec les autres groupes régionaux, pour constater le contraire. Il est indiscutable que l'Union, bien qu'elle ne réunisse pas tous les attributs classiques d'une puissance, ou peut-être pour cette même raison, exerce un pouvoir d'attraction, par son modèle, à l'échelle mondiale.

En Europe, l'adhésion à l'Union est un facteur déterminant pour la consolidation démocratique et de la paix. Il en a été ainsi pour le Portugal et l'Espagne qui ont vu leurs relations se normaliser, à la manière du rapprochement franco-allemand. La même politique d'inclusion est aujourd'hui suivie par rapport aux nouvelles démocraties de l'Europe centrale et la Communauté européenne continue à jouer un rôle décisif dans la consolidation démocratique sur le continent. L'Union se doit pour cette raison, non seulement de promouvoir l'intégration et la coopération régionale, mais aussi d'établir des liens de coopération privilégiés surtout lorsqu'ils tendent vers l'intégration profonde.

La vision de la politique étrangère de l'Union renvoie à la perception de son propre modèle d'intégration, à la promotion de l'intégration ouverte et de l'organisation du

système international à partir des différents noyaux d'intégration dans la perspective du multirégionalisme. Dans l'optique de réduire les asymétries mondiales, l'Union européenne a commencé à mettre en place des organisations macrorégionales, sur la base, non du protectionnisme, mais de la démocratie, du multilatéralisme et du cosmopolitisme [33].

Les Etats de l'Union assurent la promotion depuis des années d'un dialogue politique de groupe à groupe [34], d'abord dans le cadre de la coopération économique européenne et ensuite de la PESC, avec plusieurs groupes régionaux, comme l'ASEAN, le Groupe de Rio, et le Groupe S. José. L'expérience la plus réussie de ces dialogues a été celui engagé avec le Groupe S. José, par l'influence que l'Europe a eue dans la recherche d'une solution pacifique au conflit du Nicaragua. On a cependant pu constater que la fragilité des institutions et la politique des partenaires de l'Union ont bien souvent nui à cette politique de groupe à groupe qui s'est en règle générale résumée à un exercice déclaratoire. Ce dialogue est aujourd'hui mené au niveau continental, par une politique au sommet, comme celui avec l'Asie (Londres, 1997) avec l'Amérique latine et les Caraïbes (Rio, 1999) et avec l'Afrique (Le Caire, 2000).

Les acquis de ce dialogue ne doivent pas pour autant être sous-estimés. Il s'efforce en effet de préférer le multilatéralisme à l'unilatéralisme, de défendre les droits de l'homme et la démocratie ainsi que la résolution pacifique des conflits.

Ces relations peuvent et doivent gagner en substance et aller au-delà du déclaratoire, ce qui sera possible si l'Union établit une liaison entre la coopération politique et les accords commerciaux.

L'Union doit privilégier les relations qu'elle entretient avec les groupes régionaux prônant l'intégration ouverte, comme le Mercosul, ou avec ceux pouvant potentiellement adhérer à un tel processus, comme la CEI, l'ASEAN, la SADC ou un groupe qui unirait le Japon et la Corée du Sud. Il est nécessaire à cet effet que l'Union continue à encourager et à soutenir les transitions démocratiques de ces régions et le renforcement institutionnel des processus d'intégration.

L'Union a besoin de promouvoir sa propre forme de régionalisme ouvert, en concluant des accords interrégionaux, des accords commerciaux et en engageant une coopération politique avec d'autres communautés économiques. Les identités de ces pôles régionaux du nouveau système international devront primer sur une simple dissolution de ces acteurs dans un nouvel espace de libre-échange. La politique de l'Union envers l'Amérique latine est un cas d'école de cette forme de régionalisme. Le Mercosul est en effet le projet d'intégration qui se rapproche le plus de celui de l'Union et du concept d'intégration ouverte. Depuis 1992, l'Union a institutionnalisé un dialogue politique avec le Mercosul et a défini un accord cadre interrégional en 1995. Elle négocie actuellement un accord commercial qui suscite l'opposition de certains secteurs européens, notamment du *lobby* agricole. D'autres accords dans les domaines politique et de sécurité, social et culturel seront aussi essentiels à l'établissement d'une relation solide entre l'Union et le Mercosul. Il est nécessaire que l'Union européenne privilégie ces accords, de nature inter-communautaire, en exerçant une forme de discrimination positive par rapport aux communautés composées de pays démocratiques. Ce type d'accords correspond à la projection de la

vision stratégique de l'Union, dans une perspective multilatérale, de la réorganisation du système international. L'expérience de l'accord avec le Mercosul, dès lors que les conditions à cette fin sont réunies, pourrait alors être tentée avec d'autres groupes régionaux. Le traité d'Amsterdam a en ce sens réaffirmé le caractère démocratique de l'Union européenne ainsi que la défense de ses principes fondamentaux.

L'hypothèse de la mise en place d'un système multilatéral efficace, où le régionalisme serait un facteur structurant est loin de dépendre uniquement de l'Union européenne. Les Etats-Unis sont indispensables à tout projet de dimension globale et il est certain que l'administration américaine actuelle n'est pas vraiment enthousiaste face au multilatéralisme. Si les gouvernements européens s'impliquaient véritablement dans le projet d'un monde multilatéral, ils pourraient faire voir aux Américains l'avantage de participer à cet effort, en démontrant qu'il serait garant de plus de sécurité et de plus de justice, et pas seulement un instrument pour limiter le pouvoir nord-américain. La lutte antiterroriste est un bon exemple de ce qui peut être fait au niveau multilatéral. On ne peut pas en dire autant du régionalisme – la conception du monde de George W. Bush ne favorise pas l'intégration mais bien les intérêts et les coalitions *ad hoc*. C'est ce qui explique la méfiance ressentie envers la politique de défense européenne et ses avancées, notamment dans le domaine des nouvelles technologies. En matière de défense, l'Union européenne doit être capable d'agir, pour être capable de convaincre. Il est nécessaire qu'elle concrétise sa politique de défense et la rende efficace, en la dotant d'instruments politiques et militaires qui lui permettront de lancer des opérations au moment opportun, décisives sur le plan de la sécurité régionale et significatives sur le plan de la sécurité internationale. Si c'était le cas, l'Union aurait le meilleur argument possible pour convaincre les Américains du bien-fondé de son initiative, aussi indispensable que l'est aujourd'hui l'euro. En somme, « multilatéraliser » les Etats-Unis est une priorité centrale de la politique extérieure et de sécurité européenne, condition de sa pleine réussite.

Notes

[1] Voy. F. Fukuyama, « Second Thoughts », *The National Interest,* 56, été 1999.

[2] S. P. Huntington, « The Clash of Civilizations ? », *Foreign Affairs,* vol. 72, 3, 1993.

[3] Pour une analyse des différentes interprétations de l'ordre international suite à la guerre froide, voy. P. Hassner, « Fin des certitudes, choc des identités. Un siècle imprévisible », Ramsès 2000, Dunod, Paris 1999 ; Á. de Vasconcelos, « Os erros de Huntington », *in* J. M. Pureza, *Para uma cultura da paz,* Quarteto, 2001.

[4] Voy. A. Valladão « Europe : moteur d'une action internationale post-souveraine », *in* M.-Fr. Durand, Á. de Vasconcelos (dir.), *La PESC – Ouvrir l'Europe au monde*, Presses de Sciences Po, 1998, p. 55-89.

[5] Voy. C. Lafer, G. Fonseca Jr., « A problemática da integração num mundo de polaridades indefinidas », *in A Integração Aberta – um Projecto da União Europeia e do Mercosul*, Forum euro-latino-américain, IEEI, Lisbonne 1995, p. 28-65.

[6] A. Gamble, « Globalization and Regionalisation, theoretical approaches », communication au cours du workshop *Globalization and Regionalism after the Cold War*, Bruxelles, mars 1998.

[7] H. Jaguaribe, « A Emergente Civilização Planetária e a Possível Contribuição Lusófona », communication à la Conférence internationale de Lisbonne, IEEI, 1994.

[8] Voy. la communication « Globalisation and its impact on international strategy » présentée par Jean-Marie Guéhenno lors de la 40e Conférence annuelle de l'IISS, *The changing shape of international relations ans wars of the future,* Oxford, 3-6 septembre 1998.

[9] 3,1 milliards contre 2,6 selon les données du *New York Times*, citées par Arthur Schleringer, Jr. *in* « Has Democracy a Future », *Foreign Affairs*, septembre-octobre 1997.

[10] J. T. Mathews, « Power shift », *Foreign Affairs*, janvier-février 1997.

[11] Pour une analyse des nouveaux systèmes internationaux, voir Marie-Claude Smouts, *Les nouvelles relations internationales – Pratiques et théories*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998.

[12] A. Gamble, *op. cit*.

[13] Voir A. de Tinguy, « La CEI, instrument d'intégration ou de divorce ? », *in La régionalisation du système international*, IEEI, Lisbonne, 1999, www.ieei.pt.

[14] Voy. Fernando Jorge Cardoso, « Les intégrations désintégrées de l'Afrique », *in Ibid.*

[15] Voy. Karoline Postel-Vinay, « Constructions régionales en Asie orientale », *in Ibid.*

[16] Voy. R. Roett, « A União Europeia e o Mercosul : perspectivas dos Estados Unidos », *in Regular e Democratizar o Sistema Global*, Principia, Lisbonne, Cascais, 1999, p. 211-224.

[17] Voy. R. Roett, *op. cit.*

[18] R. Zoellick, « A Republican Foreign Policy », *Foreign Affairs,* vol. 79, n° 1, janvier-février 2000.

[19] Voy. Rapport commun des Groupes de travail d'EuroMeSCo, *Coopération politique et de sécurité ; contrôle des armements, mesures de confiance et prévention des conflits*, Lisbonne, 1997, www.euromesco.net.

[20] M.-F. Durand, Á. de Vasconcelos, *op. cit.*

[21] J'ai entendu cette expression pour la première fois au cours de l'intervention de M. Helio Jaguaribe lors du IVe Forum euro-latino-américain de Rome en 1996.

[22] *Regular e Democratizar o Sistema Global,* Rapport du Ve Forum euro-latino-américain, IEEI, Lisbonne, 1998.

[23] J.-M. Guéhenno, « The Impact of Globalisation on Strategy », IISS 40th Annual Conference, Oxford, 3-6 septembre 1998.

[24] J. Nye, « Between Concert and Unilateralim », *The National Interest,* n° 66, hiver 2001-2002.

[25] Voy. conclusions présentées par l'auteur au cours de la session de clôture du Forum ibéro-américain de relations internationales, IEEI, Porto, 12 et 13 octobre 1998.

[26] A. Saaf, *Le discours stratégique arabe, constantes et variations,* Cahier du Lumiar, Lisbonne, IEEI, 1994.

[27] Voy. la communication de Gamal Soltan, « Divergences et convergences autour de la Méditerranée sur le PEM », *Conférence annuelle d'Euromesco*, Londres, 1998.

[28] Voy. A. Valladão, « Amériques : La relance de l'intégration continentale », *in La régionalisation du système international, op. cit.*

[29] Voy. G. d'Oliveira Martins, Á. de Vasconcelos, « A lógica da integração aberta, base de um novo regionalismo », *A Integração aberta,* Lisbonne, IEEI, 1995.

[30] Voy. article de W. Kühne (coll.), *in Gestion de crise et règlement des conflits en Afrique subsaharienne : rôle de l'UEO*, Cahiers de Chaillot nº 22, Paris, IES, décembre 1995.

[31] Voy. B. Hibou, L. Martinez, « Le Partenariat euro-Maghreb », *in La régionalisation du système international, op. cit.*

[32] J. Delors, « Questions concerning European Security », discours prononcé à la conférence annuelle de l'IISS, Bruxelles, 10 septembre 1993.

[33] Voy. M. Telò, « La PESC après Amsterdam : une nouvelle dimension de l'UE sur la scène mondiale ? » *in La régionalisation du système international, op. cit.*

[34] Pour une analyse plus approfondie de l'expérience du dialogue de groupe à groupe, voy. G. Edwards, E. Regelsberger, *Europe's global links*, Londres, 1990.

L'Union européenne élargie en tant qu'acteur sur la scène internationale

Quelques réflexions institutionnelles

Catherine Flaesch-Mougin

Le professeur Jean-Victor Louis a vu dans les relations extérieures « un indice de l'état de l'Union » [1] : les prochains élargissements [2] donnent une illustration particulière mais quelque peu inquiétante de la pertinence de ce constat. En effet, chacun est conscient du fait que l'Union européenne est confrontée à une situation sans commune mesure avec ce qu'elle a connu précédemment en raison, notamment, du nombre d'Etats concernés. A ce titre et au regard des caractères tant politiques que géographiques ou économiques des futurs membres, leur adhésion est de nature à modifier le rôle international de l'Union : ce dernier s'en trouvera-t-il renforcé ou fragilisé ? La réponse dépend de la volonté et de la capacité de l'Union, ainsi élargie et enrichie de sa diversité, de se présenter unie sur la scène internationale. Elle nécessite cependant de dresser au préalable « un état des lieux » et d'évaluer la situation actuelle de l'Union européenne à quinze. Est-elle à ce jour « une autorité susceptible de jouer un rôle dans le champ social » [3], plus spécialement sur la scène internationale ? La réponse est difficile, inévitablement nuancée, car on est aujourd'hui en présence d'un acteur pluriel [4] aux « performances » variables selon le domaine visé, mais d'un acteur en émergence et attendu par beaucoup.

Un acteur au poids inégal

La Communauté européenne, « pilier dur » [5] d'une Union toujours dénuée de la personnalité juridique, est unanimement reconnue comme un acteur déterminant en matière de politique commerciale commune et elle joue incontestablement un rôle majeur au sein de l'OMC. Ses compétences exclusives en matière de commerce des marchandises ainsi que les pouvoirs conférés à la Commission et le vote à la majorité qualifiée pour les décisions du Conseil n'y sont pas étrangers [6].

Bien que dans une configuration institutionnelle différente puisque les compétences communautaires y sont partagées avec celles des Etats membres, la politique de coopération au développement et la politique environnementale constituent des domaines où « l'entité européenne » a connu des succès et où la Communauté se voit reconnaître une vocation à jouer un rôle sur la scène internationale. Les conventions de Lomé avec les Etats ACP et, en dernier lieu, l'accord de Cotonou [7] tout comme le récent Sommet de Johannesbourg sur le développement durable en sont des illustrations.

En matière de politique étrangère et de sécurité commune en revanche, les carences demeurent : manque de volonté politique des Etats, absence de priorités claires et de vision, mécanismes institutionnels peu performants en dépit de certaines améliorations. Les récentes péripéties liées à l'intervention militaire souhaitée par les Etats-Unis en Irak ont illustré combien les positions divergentes voire contradictoires des Etats membres nuisent à l'image de l'Union et paralysent son action [8]. Un observateur de la vie internationale notait cruellement que l'attitude de trois de ses principaux Etats traduisait « de façon caricaturale l'inexistence de l'UE comme acteur sur la scène internationale » [9]. Ces performances inégales, parfois très négatives, doivent cependant être relativisées et replacées dans la perspective évolutive qui est celle de la construction européenne.

Un acteur global en devenir

L'un des objectifs du traité sur l'Union européenne est en effet d'« affirmer l'identité de l'UE sur la scène internationale » (article 2 UE) au sens d'unité de ses acteurs et de spécificité de son modèle. La vocation de l'Union est donc de s'imposer à terme et dans sa plénitude comme un acteur international : l'exigence de cohérence, spécialement affirmée à propos de l'action externe, vise non seulement à atténuer les risques liés à son éclatement actuel entre les divers piliers et politiques mais aussi à lui donner une portée positive (article 3 UE) ; le maintien intégral et, plus encore, le développement de l'acquis communautaire sont de nature à assurer une meilleure efficacité des mécanismes institutionnels (article 2 UE) ; la mission de l'Union d'« organiser de façon cohérente et solidaire les relations entre les Etats » (article 1 UE) cherche à favoriser, par delà les querelles de compétences, l'expression d'une position commune de l'entité européenne au niveau international. L'identité postule aussi de se définir par rapport aux autres et de défendre un modèle propre fondé sur un socle de valeurs européennes qui émergent de façon plus ou moins nette [10] : incontestablement les principes démocratiques, le respect des droits de l'homme et celui de l'Etat de droit, avec comme corollaires, au regard de l'expérience de la Communauté au service de la paix, le dialogue et la négociation entre Etats ainsi que le primat du droit sur la force ; de façon plus ambiguë puisqu'il n'apparaît pas en tant que tel à ce jour dans les traités, le principe de solidarité qui se décline à la fois au plan interne (modèle social en construction) et au niveau externe dans les relations Nord/Sud ; enfin, le développement durable en tant qu'objectif fédérateur tel qu'il a été énoncé par la Commission : « économiquement efficace, politiquement démocratique et pluraliste, socialement équitable et écologiquement sain » [11]. Ces

perspectives découlant des objectifs et des missions de l'Union relaient des attentes qui s'expriment à divers niveaux.

Un acteur attendu par beaucoup

Les sondages concernant l'année 2001 [12] montrent que les citoyens tout d'abord, expriment à l'égard de l'Union des attentes précises : ils lui assignent comme première priorité la préservation de la paix et de la sécurité en Europe (91%) et considèrent que l'élargissement contribuera à la garantir (68% des citoyens de l'Union à quinze ; 69% pour ceux des treize Etats candidats). Ceci implique qu'elle accède au rôle d'acteur, prioritairement toutefois en tant que « puissance protectrice ». En effet, les souhaits sont moins évidents à propos de l'affirmation de l'importance politique et diplomatique de l'Union dans le monde : 55% d'opinions favorables au sein de l'Union et seulement au onzième rang de leurs priorités ; mais une nette majorité se dit convaincue que l'élargissement, grâce au nombre accru des Etats membres, renforcera la place de l'Union européenne dans le monde : 68% chez les quinze ; 69% chez les candidats.

Pour les Etats tiers aussi, spécialement les pays en développement et émergents, il existe une réelle « attente d'Union » ; on aspire à la voir jouer un rôle global, notamment politique, sur la scène internationale et à faire un certain contrepoids aux Etats-Unis dont l'unilatéralisme est de moins en moins supporté. Certains partenaires de l'Union sur le continent américain, à l'instar du Mexique, du Chili ou du Mercosur, jouent d'ailleurs de l'intensification de leurs relations avec elle pour diminuer l'emprise des Etats-Unis.

Pour les Etats membres eux-mêmes, enfin, une Europe plus forte semble souhaitable. C'est certainement le cas pour les petits et moyens Etats de l'Union actuelle qui, comme la Belgique, redoutent un « directoire des grands » et une politique étrangère accaparée par eux. L'attitude des grands Etats est, en revanche beaucoup plus ambiguë : la France, par exemple, illustre à merveille ces tiraillements entre nostalgie du passé, qui l'incite à faire « cavalier seul », et réalisme du présent qui la pousse à favoriser l'affirmation de l'Union européenne en tant que puissance pour relayer et faire entendre ses propres idées. Le ministre des Affaires étrangères, D. de Villepin, affirmait récemment : « Donner à l'Union l'identité dont elle a besoin pour peser sur les affaires du monde, loin d'affaiblir notre identité nationale, en sera au contraire le démultiplicateur » [13] ; cependant, un mois plus tard, H. Védrine, son prédécesseur, publiait dans *Le Monde*, une opinion beaucoup plus ambiguë sur les craintes de la France de perdre son influence dans une Union élargie [14].

La déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union témoigne pareillement de la nécessité pour celle-ci de faire entendre sa voix dans le monde : « maintenant qu'elle est unie, l'Europe ne doit-elle pas jouer un rôle de premier plan dans le nouvel ordre planétaire, celui d'une puissance qui est à même de jouer un rôle stabilisateur sur le plan mondial et d'être un repère pour un grand nombre de pays et de peuples ? » [15]. La Convention s'est d'ailleurs approprié ces questions et des groupes de travail ont été créés sur la personnalité juridique internationale de l'Union ainsi que sur la défense et, depuis septembre 2002, sur l'action extérieure.

Les enjeux de leurs travaux ne sauraient être sous-estimés. En effet, l'Union bénéficiera certes, demain, grâce aux futurs élargissements, d'atouts supplémentaires mais elle devra aussi faire face à des responsabilités nouvelles (A). Or, aura-t-elle la possibilité de les assumer voire de conforter son rôle d'acteur sur la scène internationale ? Rien n'est moins sûr car les réformes institutionnelles indispensables au bon fonctionnement d'une Union à quinze, *a fortiori* à vingt-cinq, vingt-sept ou vingt-huit Etats, n'ont pas été réalisées en matière de relations extérieures par les dernières révisions des traités (B).

A. Des atouts et des responsabilités supplémentaires pour l'Union européenne élargie

A de nombreuses reprises, le commissaire en charge de l'élargissement, G. Verheugen, a souligné la chance que celui-ci représentait pour accroître le poids politique et économique de l'Europe dans le monde. Cette chance va cependant de pair avec des responsabilités internationales accrues, spécialement au plan européen.

1. Des atouts renforcés par les élargissements

Cette constatation se justifie lorsque l'on se situe au regard des éléments de puissance traditionnels des Etats, sachant bien sûr que l'Union n'en est pas un et qu'elle n'a, à ce titre, ni territoire (sauf douanier), ni population propre ; elle est aussi vérifiée si l'on aborde l'Union, plus spécialement la Communauté, en tant qu'organisation internationale atypique, elle-même présente dans les enceintes internationales.

a) Un potentiel humain accru

L'Union élargie connaîtra une augmentation substantielle de « sa » population : soixante-quinze millions d'habitants en plus à vingt-cinq (plus un cinquième), cent six millions à vingt-sept (plus 28,6%), cent soixante-trois à vingt-huit (plus 43,9%) avec la Turquie dont la population, en augmentation rapide, est comparable à celles des « grands » Etats membres actuels. L'Union élargie constituera donc un marché encore plus important et d'autant plus attractif pour les pays tiers que les taux de croissance dans les futurs Etats membres sont plus élevés globalement que dans le reste de l'Europe. Le tarif douanier commun repris par les pays d'Europe centrale et orientale entraînera de plus une diminution du montant des droits de douane par rapport à ceux anciennement perçus sur leurs importations [16]. Cette situation est d'ailleurs de nature à éviter les problèmes au sein de l'OMC puisque l'union douanière que constitue la Communauté ne doit pas, du fait de l'élargissement, avoir d'effets négatifs pour les tiers aux termes de l'article XXIV § 6.

Toutefois, cet élément supplémentaire d'attractivité en terme de débouchés ou/et d'investissements sera principalement sensible vis-à-vis des partenaires économiques les plus dynamiques de l'Union et il n'est pas sans préoccuper certains pays tiers en développement comme ceux d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP). Ceux-ci redoutent que l'élargissement ne leur fasse perdre, au contraire, certains marchés et ne les prive de possibles investissements. La Russie, elle aussi, est inquiète car elle exporte beaucoup vers les PECO et ne pourra continuer à le faire qu'en adaptant certaines de ses réglementations aux exigences européennes reprises par les nouveaux

membres ; la mise en place de l'espace économique européen commun avec elle se situe d'ailleurs dans cette perspective.

b) Une Union agrandie aux frontières modifiées

Les futurs élargissements agrandiront aussi l'étendue de l'Union dont la superficie s'étendra sur plus de quatre millions de kilomètres carrés et ils modifieront ses frontières ; son centre de gravité connaîtra un déplacement significatif vers l'est. L'élargissement à l'Espagne, à la Grèce et au Portugal dans les années 1980 avait déjà changé la physionomie de l'Europe communautaire en la rééquilibrant vers le sud ; celui de 1995 à l'Autriche, la Finlande et la Suède a réorienté l'Union vers le nord et un peu à l'est. Avec les prochains élargissements, le poids des Etats de l'Europe continentale sera considérablement accru et celui des pays scandinaves conforté. Les frontières communes avec la Russie seront étendues et de nouvelles frontières apparaîtront avec les NEI européens. Avec les vagues d'élargissement suivantes, une avancée très nette se fera dans la zone balkanique et la dimension méditerranéenne sera renforcée après l'entrée de Malte et de Chypre, par celle de la Turquie. L'adhésion de cette dernière, « à cheval » sur deux continents (Europe et Asie), modifierait quant à elle considérablement la géopolitique européenne puisque l'Union deviendrait voisine de l'Iran, de l'Irak, de la Syrie et des pays du Caucase (Géorgie, Arménie, Azerbaïdjan).

c) Un poids accru dans les enceintes internationales

L'augmentation du nombre des Etats membres de l'Union constitue aussi pour elle un atout au niveau international. En effet, lorsque la Communauté est membre d'une organisation internationale, elle dispose, sauf hypothèses exceptionnelles [17], du même nombre de voix que ses Etats membres qui en font partie. Elle devrait donc bénéficier de la présence des nouveaux Etats et avoir à son actif dix, douze ou treize voix supplémentaires. L'élargissement est ainsi de nature à renforcer le poids de la Communauté en tant que membre d'organisations telles que l'OMC ou la FAO. Même sans ce statut privilégié et somme toute encore assez rare, l'impact des nouvelles adhésions se fera sentir si ses Etats membres « parlent d'une voix » et parviennent à défendre des positions communes et à voter de manière identique .

Le poids politique et diplomatique de la Communauté devrait s'accroître de façon générale dans les enceintes internationales ainsi que son influence potentielle puisque si, à ce jour, les futurs Etats sont invités, au titre de la reprise de l'acquis, à rechercher un alignement sur la position de l'Union, ceci ne saurait être sanctionné juridiquement comme pour les Etats membres. Déjà perceptible au niveau des instances universelles, l'effet des élargissements sera surtout sensible au sein des organisations régionales ; l'équilibre des forces risque même de s'en trouver bouleversé. Ainsi au sein du Conseil de l'Europe, vingt-cinq Etats sur les quarante-quatre que compte cette organisation seront en 2004 des membres de l'Union européenne ; de même, au sein de l'OTAN, l'Union élargie, notamment à la Turquie, verra sa position considérablement renforcée. Le risque d'un effet de bloc ne saurait d'ailleurs être écarté dans ces hypothèses. Dans des organisations infra-régionales, l'impact de l'élargissement sera encore accru : ainsi, au sein du Conseil des Etats de la mer Baltique, l'adhésion des Etats baltes et de

la Pologne confortera le poids de l'Union [18] et seuls trois Etats de cette organisation (Russie, Islande et Norvège) n'en seront pas membres. Enfin, la présence des nouveaux Etats dans l'Union facilitera ou même permettra à la Communauté l'accès à certaines enceintes : c'est le cas du Conseil de coopération économique en mer Noire où la Turquie joue un rôle majeur et, dans un domaine plus spécialisé, de la convention de Behring où la Communauté, compétente en matière de pêche, devra se substituer à la Pologne qui en est partie contractante.

L'acquisition par l'Union élargie de ces atouts supplémentaires ne saurait toutefois faire oublier l'hétérogénéité accrue de ses membres qu'il conviendra de « canaliser » pour conduire ses diverses politiques et assumer les nouvelles responsabilités internationales qui seront désormais les siennes.

2. Des responsabilités internationales accrues

Les responsabilités à assumer par l'Union vis-à-vis de ses partenaires extérieurs se déclinent en deux opérations distinctes : il s'agit tout d'abord de ne pas remettre en cause l'existant dans le domaine de la politique étrangère et des relations extérieures de l'Union, exigence qui requiert des Etats candidats de reprendre « l'acquis communautaire » dans ces domaines [19] ; il faut ensuite que les élargissements ne figent pas l'action externe et ne soient pas un frein à la poursuite de l'action extérieure de l'Union et à son affirmation comme acteur sur la scène internationale.

a) Une délicate opération de reprise de l'acquis par les futurs Etats membres

La reprise de « l'acquis communautaire » est une obligation classique dans son principe puisqu'elle a été imposée précédemment à tous les Etats membres qui adhéraient à l'Union. Une déclaration annexée au traité d'adhésion de l'Autriche, de la Suède, de la Finlande et de la Norvège (qui ne l'a pas ratifié) précise ainsi sans ambiguïté à propos de la PESC que les candidats « acceptent totalement les droits et obligations liés au système de l'Union et à son cadre institutionnel désignés par l'expression acquis communautaire, tel qu'il s'applique aux Etats membres actuels. Celui-ci comporte notamment le contenu, les principes et les objectifs politiques des traités, y compris ceux du traité de l'Union européenne » [20]. La reprise de l'acquis présente néanmoins des particularités dans l'hypothèse actuelle, spécialement en raison du nombre d'Etats en cause et du degré de complexité et d'intensité atteint par l'action extérieure de l'Union. Le commissaire Barnier évoquait à la Convention, pour les seules relations conventionnelles, le chiffre impressionnant de plus de mille accords bilatéraux, multilatéraux et internationaux auxquels participe la Communauté [21].

Se pose donc en premier lieu un problème d'identification de l'acquis : il englobe les instruments autonomes et contractuels procédant des diverses politiques de la Communauté (politique commerciale commune, politique de coopération au développement, dimension externe des politiques internes comme la pêche, la recherche, l'environnement, la monnaie, …) et de l'Union (PESC mais aussi volet externe du troisième pilier). Au titre des instruments autonomes figurent notamment les divers règlements communautaires octroyant des aides financières ou des concessions commerciales, mais aussi les actions, positions et stratégies communes ainsi que les multiples déclarations au titre de la PESC… Quant aux engagements

contractuels, c'est un véritable «macquis» [22] dont la reprise est imposée aux actuels Etats candidats : accords bilatéraux et conventions multilatérales purement communautaires, accords mixtes auxquels Communauté et Etats membres sont parties et même accords conclus par les seuls Etats. C'est le cas par exemple d'accords internes connexes à des conventions ou requis pour leur application [23] voire, au-delà, de conventions que les nouveaux membres doivent reprendre au titre de l'acquis alors même que tous les Etats membres actuels de l'Union ne les ont pas ratifiées [24]. Enfin, la reprise de l'acquis dit communautaire couvre les accords conclus en matière de PESC au titre de l'article 24 UE, voire de futurs accords qui pourraient l'être sur la base de l'article 38 UE.

Grâce à cette exigence de reprise de l'acquis, aucune modification des relations extérieures existantes ne doit en principe découler des élargissements car la Communauté doit, sous peine d'engager sa responsabilité internationale, honorer ses engagements. A titre d'exemple, l'accord de Cotonou, signé le 23 juin 2000, dispose pour vingt ans. Bien que les futurs Etats membres n'aient pas tous eu jusqu'à présent une politique de coopération au développement [25], ils ont pourtant l'obligation de reprendre et de mettre en œuvre la politique communautaire en la matière, spécialement cet accord dont le processus de ratification s'achève. Y est expressément prévu de plus que, tous les cinq ans, seront adoptés des protocoles financiers fixant les sommes destinées au soutien des projets de développement des pays ACP partenaires. Les futurs Etats membres, sans la reprise de l'acquis, auraient pu s'opposer au renouvellement de ces instruments financiers, considérant par exemple qu'il existait d'autres priorités pour eux. De façon générale, les futurs Etats membres doivent dès avant l'adhésion s'adapter aux engagements pris par la Communauté : cela implique concrètement d'entamer des négociations avec les partenaires préférentiels de la Communauté [26] et d'adapter leur situation à l'égard des organisations internationales auxquelles la Communauté ou seulement certains de ses Etats membres sont parties. Plus encore, cela exige de dénoncer les accords qui lient les pays candidats à des Etats tiers lorsqu'ils s'avèrent incompatibles avec les politiques de l'Union. Ainsi la plupart des pays d'Europe centrale et orientale ont-ils dû dénoncer les accords octroyant à leurs voisins des facilités en matière de visas pour satisfaire aux obligations imposées en matière de contrôle des frontières extérieures au titre de l'espace Schengen ; toujours délicate à régler dans une optique de bon voisinage, cette question peut générer de redoutables difficultés politiques comme dans le cas de l'enclave russe de Kaliningrad.

Quant aux modalités pratiques de reprise de l'acquis, elles appellent, au regard des précédents traités d'adhésion, quelques remarques qui mettent en lumière les conséquences que cette opération risque d'avoir en pratique sur les relations externes de l'Union. En effet, si la reprise des accords communautaires se fait en principe automatiquement comme pour les mesures autonomes, certaines difficultés ne manqueront pas de surgir. Tout d'abord, des adaptations aux accords prévoyant des concessions préférentielles réciproques en matière d'accès au marché devront être négociées avec les partenaires actuels de la Communauté à quinze ; des protocoles avaient ainsi dû être conclus avec les pays méditerranéens à la suite de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal [27]. Ensuite et surtout, la reprise de l'acquis communautaire

risque d'être un véritable « casse-tête » pour les accords mixtes. Comme pour les autres accords, les nouveaux membres doivent s'engager à y adhérer. Mais, en raison de la présence des Etats membres comme parties contractantes aux côtés de la Communauté, la reprise ne peut en être automatique comme pour les accords purement communautaires ; de ce fait, il faudra une adhésion formelle de leur part et la conclusion de protocoles additionnels sera même nécessaire. Ce sera particulièrement gênant pour les accords signés mais non encore en vigueur à la date d'entrée des candidats au sein de l'Union ; or le processus de ratification de plusieurs accords importants ne sera vraisemblablement pas achevé au début de l'année 2004 [28].

L'intervention de tels protocoles impliquera en effet la mise en œuvre d'une procédure particulièrement lourde car tous les Etats membres actuels de l'Union, en plus des dix nouveaux, devront ratifier ces instruments avant de pouvoir mettre en vigueur les accords initiaux. Cette situation s'était rencontrée lors du dernier élargissement pour l'accord de partenariat et de coopération avec la Russie signé le 24 juin 1994 mais non en vigueur au 1er janvier 1995. Un protocole à l'APC est intervenu le 21 mai afin d'introduire les nouveaux Etats dans cet accord ; cependant, pour ne pas trop retarder l'entrée en vigueur de ce dernier, une application provisoire du protocole a été décidée, tout au moins lorsque les dispositions constitutionnelles des Etats ne s'y opposaient pas ; ainsi, l'APC a pu entrer en vigueur le 1er décembre 1997 [29]. Une telle formule pourrait éventuellement être reprise pour le prochain élargissement car les retards qui risquent d'en découler sont de nature à compromettre la concrétisation d'engagements importants pris par l'Union et de rendre irréaliste la réalisation des échéances affichées [30]. Une autre solution serait d'anticiper ces inconvénients et de fixer, dans les traités d'adhésion entre les quinze Etats actuels de l'Union et les futurs membres, des dates-butoirs pour procéder aux ratifications des protocoles ; elle risque cependant de se heurter à une certaine réticence des Etats face à un activisme inhabituel de la Commission en matière de relations extérieures et d'un arrêt récent de la Cour qui, à sa demande, a constaté le manquement de l'Irlande pour défaut de ratification, dans les délais fixés, d'une convention à laquelle les Etats parties devaient adhérer aux termes de l'accord sur l'EEE [31].

b) Des responsabilités nouvelles à assumer

La « reprise de l'acquis » implique la reprise des instruments existants mais aussi d'adhérer aux objectifs qu'ils prévoient, ceux des traités fondateurs et ceux figurant dans les accords ou autres textes liant la Communauté ou l'Union. De façon plus large, l'élargissement ne doit pas avoir pour conséquence de figer les relations externes de l'Union. Riche de ses nouveaux membres, elle se doit au contraire de renforcer son rôle d'acteur sur la scène internationale. Si ses relations avec l'ensemble du monde sont concernées [32], celles touchant sa sphère de proximité revêtent de ce point de vue une importance particulière car elles contribuent à la sécurité et à la stabilité du continent européen.

Les futurs élargissements obligeront tout d'abord à poser (et surtout enfin résoudre) la question toujours différée des frontières de l'Europe. Les Etats candidats sont-ils, hormis les Etats des Balkans occidentaux, les derniers à adhérer à l'Union ? Des pays, futurs voisins comme la Biélorussie, l'Ukraine, la Moldavie se verront-ils

à leur tour, reconnaître cette vocation, comme le souhaitent certains d'entre eux ? Quelle place réserver à la Russie, partenaire atypique ? L'adhésion de la Turquie, en raison de sa situation, pourrait à son tour entraîner des demandes de la part des pays du Caucase déjà membres du Conseil de l'Europe (Géorgie, Arménie, Azerbaïdjan), voire relancer des demandes d'Etats se prévalant de leur européanité [33].

Que les réponses soient positives ou non, les relations conventionnelles existantes devront être revues, notamment celles entretenues avec les nouveaux Etats indépendants européens et, peut-être plus tard caucasiens, dont les accords de partenariat et de coopération seront sans doute remplacés par des accords de nature associative. Il est impératif, surtout si aucune perspective d'adhésion n'est offerte, d'éviter la restauration de nouvelles barrières en Europe et le sentiment d'exclusion de certains Etats du continent. Des formules d'association partenariales avec l'Union elle-même [34] ou des accords de voisinage d'un type particulier [35], fondées sur le dialogue et la concertation, sont à juste titre suggérées pour concrétiser la spécificité de liens qui devront englober les domaines économiques, politiques, sécuritaires et culturels afin de limiter ce risque. Des relations de proximité repensées avec les NEI appellent nécessairement une réflexion sur celles à entretenir avec les pays du sud et de l'est de la Méditerranée. On notera à ce propos que l'avant-projet de traité constitutionnel présenté par le président Giscard d'Estaing comporte un article 42 relatif aux « relations privilégiées entre l'Union et des Etats voisins » [36]. Même si cette proposition ne peut être déconnectée de ses propos concernant la Turquie, elle traduit l'importance de ces relations de proximité qui obligeront à une approche globale et à un effort d'imagination pour faire émerger de nouvelles formes de « co-gouvernance » associant de façon plus étroite ces Etats tiers (ou certains) aux politiques menées par l'Union. A défaut de politique commune *stricto sensu* [37], des politiques définies ou menées en commun seraient de nature à évacuer l'impression de « diktat communautaire » et d'alignement imposé sur les conceptions européennes. Des formules peuvent être trouvées dans un cadre bilatéral, comme cela existe par exemple dans le cadre de l'EEE, ou pourraient l'être dans un cadre multilatéral, pourquoi pas la conférence européenne ? Il est aussi souhaitable de solliciter les possibilités offertes par des enceintes régionales pour développer des actions en commun dans des domaines spécifiques, par exemple le Conseil de l'Europe ou, à un niveau infra-régional, le Conseil des Etats de la mer Baltique. Ces contacts institutionnels doivent, de plus, être complétés par des relations entre acteurs de la société civile grâce à une intensification des programmes de coopération décentralisée dans des secteurs à forte dimension humaine et culturelle, grâce à des projets interrégionaux et transfrontaliers entre collectivités territoriales d'Etats de l'Union et hors Union, grâce aussi à la participation de tiers européens et méditerranéens à des programmes communautaires facilitant les échanges. L'enjeu majeur des années à venir est pour l'Union d'éviter les fractures au sein de la zone pan-euro-méditerranéenne, de transformer les lignes-frontière « en outil de collaboration » et de définir une politique de bon voisinage « dotée d'objectifs, d'institutions et de moyens qui, sans conduire à l'adhésion à l'Union, permettent à l'Europe d'établir des relations spéciales avec ces pays » [38].

La concrétisation de ces responsabilités accrues pour l'Union suscite néanmoins de graves inquiétudes car elle soulève des questions institutionnelles latentes que les

diverses révisions des traités ont jusque-là esquivées, y compris dans le noyau dur de l'Union que constitue le pilier communautaire.

B. L'Union élargie face à de redoutables défis institutionnels mal anticipés

Les enjeux actuels pour l'Union élargie sont clairs : dispose-t-elle de la capacité de saisir les opportunités qui s'offrent à elle et d'assumer ses nouvelles responsabilités ? L'Union peut-elle jouer pleinement son rôle dans les enceintes internationales alors même que certaines réformes ne sont pas intervenues ?

Même si volonté politique et capacité d'agir ne peuvent être dissociées, spécialement dans le domaine externe, le rôle organisationnel du droit ne saurait être sous-estimé : il peut contribuer à l'émergence d'une Europe puissance [39]. Sans fétichisme institutionnel outrancier, il est patent que les mécanismes communautaires pourraient être mieux activés ; mais certains Etats membres ne le souhaitent pas. J. Sack n'hésite pas à évoquer une « contre-offensive nationale » [40] qui entrave une évolution décisive de la PESC et affecte même le pilier communautaire : le poids de l'unanimité et les lourdeurs de la mixité limitent la capacité d'action de la Communauté en matière de relations bilatérales et accroissent les difficultés rencontrées au niveau de sa participation aux organisations internationales. Les révisions successives des traités ont superbement ignoré ces questions voire les ont abordées « à contresens » : sur ce plan, l'élargissement n'a pas été véritablement préparé.

1. Le poids de l'unanimité sur les relations conventionnelles

A l'opposé des accords sectoriels où le vote majoritaire est quasiment la règle, les relations « globales » de la Communauté, de nature associative ou non, restent fortement soumises au poids de l'unanimité. Or ce mode de votation, que l'on avait souhaité minimiser dans la perspective des élargissements, risque de bloquer le développement de ses relations extérieures, y compris avec ses partenaires de proximité, et il est illusoire de songer en ce domaine à des coopérations renforcées.

a) L'omniprésence du vote à l'unanimité pour les relations associatives

L'association (article 310 CE), jadis réservée à des partenaires privilégiés, s'est considérablement développée et caractérise aujourd'hui de nombreuses relations de la Communauté [41] : celles-ci ont la particularité de rester marquées du sceau de l'unanimité [42]. S'il apparaît tout à fait légitime que l'accord fondateur de cette relation forte requière l'aval de tous les Etats membres, l'exigence de l'unanimité pour la plupart des textes subséquents est de nature à rendre difficile leur adoption à quinze, *a fortiori* à vingt-cinq ou plus. Or c'est le cas pour tous les protocoles additionnels ou complémentaires à l'accord ; c'est aussi le vote requis depuis le traité d'Amsterdam pour préparer les décisions à adopter au sein du conseil d'association ou des autres organes paritaires mixtes (article 300, par. 2). Bien que non fondés sur l'article 310 CE, il faut y ajouter les instruments financiers autonomes qui se sont substitués aux anciens protocoles financiers pour les Etats méditerranéens [43] et qui, fondés sur l'article 308 CE, requièrent aussi l'unanimité [44]. Même les nouvelles dispositions introduites en matière de coopération économique, financière et technique avec les

Etats tiers par le traité de Nice réservent le cas des associations où, contrairement aux autres hypothèses, le vote à l'unanimité est maintenu (article 181 *bis* CE, par. 2).

b) Le poids du consensus pour les relations non associatives

Les relations conventionnelles globales non fondées sur l'article 310 CE, comme les actuels accords de partenariat et de coopération avec les NEI [45] ou encore l'accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération avec le Mexique [46], n'exigent pas *a priori* l'unanimité : tout dépend de leur fondement juridique. Mais, en pratique, les Etats membres cherchent par divers subterfuges à écarter le vote majoritaire. Ils essaient ainsi de conserver une maîtrise des accords en faisant ajouter une base juridique nécessitant l'unanimité, souvent l'article 308 CE. Ils utilisent aussi la possibilité d'insérer dans l'accord des dispositions dépassant le champ des compétences communautaires exclusives (par exemple, une dimension politique ou la lutte contre la criminalité) [47]. Pour ces accords dits mixtes car conclus par la Communauté et ses Etats membres, le consensus devient alors la règle.

Le « déverrouillage de l'unanimité » [48] est indispensable dans une Union à vingt-cinq Etats (ou plus) aux intérêts nécessairement plus hétérogènes. Mais contrairement à certaines avancées en ce sens dans le domaine de la PESC, peu a été fait pour les relations extérieures de la Communauté ; quelques réformes récentes ont même été faites à rebours [49]. Cette possibilité de veto reconnue à tout Etat fait donc peser de graves incertitudes sur le développement futur des relations extérieures de la Communauté et le « remède-miracle » des coopérations renforcées ne saurait offrir une solution en la matière.

c) Des coopérations renforcées illusoires

Au regard de l'article 43 UE, le recours à des coopérations renforcées ne peut être écarté dans le domaine des relations extérieures, y compris d'ailleurs pour la PESC depuis le traité de Nice. Elles ne peuvent néanmoins constituer que des solutions de dernier ressort « lorsque les objectifs desdits traités ne pourraient être atteints en appliquant les procédures pertinentes qui y sont prévues ». Cependant, celles-ci n'apparaissant « ni ambitieuses, ni praticables, ni réalistes » [50], c'est vers une révision de ces procédures qu'il semblerait préférable de se diriger. En effet, les accords de la Communauté précédemment évoqués concernent par excellence des relations globales où se cumulent de nombreuses dimensions des relations extérieures : commerciales, sécuritaires, de coopération économique voire politiques. Or, les conditions imposées à la mise en place des coopérations renforcées en prohibent l'existence dans des domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté (article 11 CE) : c'est dire que les aspects commerciaux concernant les marchandises et désormais les services, sauf cas particuliers, et les droits de propriété intellectuels se rapportant au commerce ne pourraient au sein des accords être concernés ; il faudrait y ajouter les questions qui, en vertu de la jurisprudence *AETR*, relèvent aussi des compétences communautaires exclusives. Peut-on de façon réaliste « tronçonner » des relations dont l'approche globale fait l'intérêt et pour lesquelles des accords sectoriels ont été jugés insuffisants ?

Plus encore, les coopérations renforcées ne seraient-elles pas de nature à porter atteinte à l'affirmation de l'identité de l'Union européenne sur la scène internationale alors que l'article 43 UE précise que la coopération renforcée doit tendre « à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union et à préserver et servir ses intérêts » ? Il paraît difficile de concevoir une relation forte, de caractère quasi politique, entre une Union amputée de certains de ses Etats et ses voisins. L'unité consubstantielle à l'identité ferait défaut ; de plus, la crédibilité de l'engagement de la Communauté européenne pourrait légitimement faire planer des doutes sur sa capacité à exécuter ses obligations et à assumer ses responsabilités.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur le respect des conditions de non-affectation de l'acquis communautaire [51] (article 43 UE) et de non-affectation des politiques, actions ou programmes de la Communauté (article 11 CE) auxquelles la Cour a toujours été si attentive dans sa jurisprudence en matière de relations extérieures : le risque de libération de forces centrifuges et désintégratrices de l'ordre communautaire ne saurait être sous-estimé.

Enfin, il a été à juste titre souligné que les vertus d'entraînement attribuées aux coopérations renforcées ne pourraient se déployer qu'au prix de nouvelles pesanteurs institutionnelles [52] : les accords devraient être renégociés à chaque fois qu'un Etat membre hors coopération renforcée voudrait s'y joindre [53] et devenir partie à l'accord. L'opération serait d'autant moins praticable que la plupart des accords « globaux » sont mixtes.

2. L'interminable ratification des accords mixtes

La mixité d'un accord, bilatéral ou multilatéral, outre le consensus des Etats, implique une procédure d'adoption longue, d'autant plus longue que le nombre d'Etats s'accroît. Or la mixité, ignorée à l'origine par le traité CE [54], n'a pas été abordée de façon globale et constructive par les dernières révisions ; elle a seulement fait son entrée dans le traité à propos, paradoxalement, des accords commerciaux et elle y a en quelque sorte été officialisée, même constitutionnalisée (article 133 CE, par. 6).

a) Des années d'attente pour l'entrée en vigueur des accords mixtes

Les accords mixtes ont certes comme aspect positif de traiter dans leur globalité des divers aspects des relations extérieures : ils préfigurent de ce point de vue de futurs accords de l'Union. Mais, ils ont en revanche des conséquences procédurales désastreuses. En effet, la présence, comme parties, de la Communauté et de ses Etats membres implique que la procédure communautaire habituelle (négociation de la Commission sur mandat du Conseil, avis, éventuellement conforme, du Parlement européen, décision de conclusion du Conseil) se double d'une procédure de ratification (ou d'approbation) par chacun des Etats membres. Aujourd'hui, dans une Communauté à quinze membres, les délais d'entrée en vigueur des accords mixtes sont de plusieurs années. Qu'en sera-t-il lorsque la Communauté comptera vingt-cinq voire vingt-huit membres ? Sans doute certains facteurs de mixité ont-ils été substantiellement réduits lors de la révision de l'article 133 CE effectuée par le traité de Nice. Néanmoins, ces modifications n'éradiqueront pas un phénomène difficilement contournable en raison du système de répartition des compétences entre

la Communauté et ses Etats membres ; or aucune révision n'a été adoptée afin de limiter les lourdeurs de la mixité.

b) Le recours à des solutions insatisfaisantes, faute de révision des traités

Eliminer les inconvénients de la mixité s'avère difficile car les solutions concevables se heurtent aux traditions constitutionnelles des Etats et devront, de plus, tenir compte dans les Etats candidats des sensibilités des Parlements aux pouvoirs démocratiques retrouvés. Pourtant, certaines réformes auraient pu être envisagées : des dispositions fixant par exemple des dates limites pour procéder aux ratifications voire des procédures de non-opposition ; de même, pourraient être imaginées des formules de ratification associant en un forum commun parlementaires européens et parlementaires des Etats membres. La mixité, malheureusement, est restée jusqu'à présent ignorée des dernières conférences intergouvernementales. Aussi la solution actuellement retenue est-elle celle du recours aux accords intérimaires et à l'application provisoire [55] des engagements pris : elle ne permet cependant à la Communauté que de mettre en œuvre par anticipation et/ou provisoirement certaines dispositions relevant des compétences communautaires exclusives en attendant la ratification de l'accord initial par tous les Etats membres. Politiquement et même aussi parfois économiquement, cette formule n'est qu'un pis-aller et les Etats membres en sont bien conscients. Dans certaines situations où la rapidité s'impose, ils n'hésitent d'ailleurs pas à s'autoriser quelques entorses. Ainsi, l'accord intérimaire avec la Macédoine tout comme celui avec la Croatie incluent-ils les dispositions sur le commerce des marchandises qui relèvent de la compétence exclusive de la Communauté, mais aussi « à titre exceptionnel » et « sans que cela puisse constituer un précédent », des dispositions allant au-delà et procédant des compétences partagées avec les Etats [56]. De plus, toujours compte tenu de la nécessité d'agir vite en faveur du processus de stabilisation de la région, il a été décidé que le dialogue politique serait mis en place sans attendre l'entrée en vigueur des accords de stabilisation et d'association [57] .

L'unanimité et la mixité sont ainsi de nature à freiner considérablement non seulement la reprise de l'acquis et la poursuite des relations entamées avec certains pays ou groupes partenaires mais aussi leur enrichissement ainsi que l'ouverture de nouveaux pans dans les relations externes de l'Union. Ces difficultés touchant les relations bilatérales sont d'autant plus inquiétantes qu'elles affectent aussi les activités que déploie la Communauté dans les enceintes internationales.

3. L'ignorance persistante des traités à l'égard des questions posées par la participation de l'Union élargie aux organisations et conventions internationales

La question de la participation aux organisations et conventions internationales et, par-delà, de la capacité de l'entité européenne à jouer un rôle efficace sur la scène mondiale souffre à ce jour de divers handicaps. L. Cohen-Tanugi énumère ainsi au titre des entraves auxquelles « se heurte l'ambition de l'Europe d'influer sur les règles du jeu international : les handicaps propres à l'Union…, les contraintes, conflits et contradictions internes qui affectent son action, le poids prépondérant des Etats-Unis dans la régulation de l'économie mondiale et les rendements décroissants

du processus normatif intra-européen » [58]. Plusieurs de ces handicaps seront sans nul doute largement aggravés par l'accroissement du nombre d'Etats composant l'Union et les atouts qui devaient *a priori* en résulter risquent d'être vains si aucune révision des traités n'intervient. Il faut s'attacher au premier chef à l'image de l'Union dans les enceintes internationales car elle y est brouillée et les Etats tiers peinent à identifier un interlocuteur : l'Union souvent évoquée n'a pas la personnalité juridique internationale lui permettant d'y jouir d'un statut de membre ; quant à la Communauté, elle y apparaît tantôt à travers la Commission, tantôt représentée par l'un de ses Etats [59]. Sans doute cette situation peu satisfaisante provient-elle en partie de facteurs externes difficiles à maîtriser mais elle est aussi liée à des facteurs internes que les dernières révisions n'ont pas véritablement cherché à minimiser.

a) La place reconnue à l'entité européenne dans les enceintes internationales

La Communauté (demain l'Union si elle se voit reconnaître la personnalité juridique internationale) est confrontée au redoutable problème de l'acceptation de l'entité atypique qu'elle constitue dans des organisations internationales conçues en général pour rassembler des Etats. Le statut d'observateur au FMI en dépit de l'existence d'une monnaie unique pour douze Etats de l'Union est emblématique à cet égard : la Communauté n'en est pas membre et la structure institutionnelle de cette organisation lui est complètement inadaptée ; les Etats membres de la zone euro y sont en effet éclatés dans six groupes de pays différents (constituantes) limitant ainsi la capacité d'expression et l'influence de la zone euro [60]. Ce n'est qu'à la faveur de la révision des chartes constitutives existantes ou de la création progressive de nouvelles organisations moins fermées, que la Communauté (l'Union) s'insérera à sa juste place dans les enceintes internationales ; de telles évolutions, cependant, échappent en partie à ses Etats membres [61], à l'opposé des facteurs internes qui sont aussi à l'origine des difficultés auxquelles elle se heurte au plan international.

b) Les questions liées à la participation aux organisations internationales : ignorance ou régression ?

Les délicates questions qui se rattachent à ce pan important de l'activité externe de la Communauté (représentation externe, préparation des positions communes, détermination du titulaire du droit de les exprimer, modalités de vote…) ont non seulement été quasiment ignorées lors des dernières révisions des traités mais l'ancien article 116 du traité CEE [62] a été supprimé par le traité de Maastricht. Or cette disposition prévoyait la détermination d'une action commune lorsque la Communauté n'était pas membre d'une organisation de caractère économique ou/et si l'objet en cause allait au-delà des compétences communautaires exclusives, situations toutes deux très fréquentes. Aujourd'hui seule incombe aux Etats membres une obligation de coopération résultant de la jurisprudence de la CJCE et découlant de l'unité de représentation internationale de la Communauté [63]. Très générale et de portée imprécise [64], cette obligation appelle une concrétisation qu'il a été jusqu'à présent difficile de lui donner, spécialement dans le cas de compétences partagées [65]. Les débats sur le titulaire de la compétence risquent avec l'élargissement d'être encore plus difficiles, de même que la détermination par consensus des positions à défendre

devant des Etats tiers qui savent, pour certains, parfaitement jouer des divisions internes à l'Union. Enfin et surtout, comment ne pas s'inquiéter des effets (méfaits ?) d'une représentation externe souvent assurée par une Présidence qui « tourne » tous les six mois et sollicitera des Etats qui n'ont pas nécessairement le personnel et la pratique requises pour conduire de grandes négociations internationales ?

Autant de sujets qui, heureusement, préoccupent aujourd'hui la Convention sur l'avenir de l'Europe. Convaincus de la nécessité d'améliorer la lisibilité de l'Union, ses membres sont, semble-t-il, parvenus à un consensus sur la reconnaissance de sa personnalité juridique internationale. Cependant, si celle-ci devrait s'accompagner d'une fusion des traités, ceci ne préjuge pas, à ce stade des travaux, de la future répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres ; or cette question est au cœur de l'action extérieure et renvoie à la mixité des accords au-delà de la seule dimension trans-piliers. Par ailleurs, en liaison avec la PESC, a été abordée la question de la représentation externe de l'Union. Chacun était bien conscient de la nécessité de lui donner plus de visibilité et de stabilité ; mais au-delà de l'accord sur le principe, les modalités de sa concrétisation ont clairement fait resurgir les clivages entre les Etats favorables à une Europe plus intégrée donnant un rôle important à la Commission (par exemple, un vice-président en charge de l'action externe) et ceux plus sensibles à des solutions préservant davantage les intérêts étatiques (par exemple, par le biais d'une Présidence du Conseil européen au mandat allongé).

L'importance portée à ces questions s'est encore traduite récemment par la création d'un groupe action externe qui se consacre, conformément à l'article 3 UE à une appréhension globale des questions, au delà des « piliers » : ses travaux néanmoins semblent fortement accaparés par la PESC et l'on doit garder à l'esprit que si beaucoup reste à faire en ce domaine, les relations extérieures de la Communauté ne sauraient être oubliées : elles ont contribué et contribuent encore largement au succès de l'action externe de l'Union. Le maintien et le développement de l'acquis, c'est-à-dire des mécanismes institutionnels de la Communauté, constituent un objectif de l'Union aux termes de l'article 2 UE : l'inadéquation souvent soulignée de la méthode communautaire au domaine de la PESC ne signifie pas son oubli par ailleurs ! Il en va de la capacité de l'Union, plus spécialement de son « noyau dur », de s'affirmer comme acteur sur la scène internationale.

Notes

[1] J.-V. Louis, « Les relations extérieures de l'UE : unité ou complémentarité », *RMUE*, 1994/4, p. 5.

[2] Notre propos englobera les élargissements programmés ou annoncés à court et moyen terme : celui prévu à l'horizon 2004 pour Malte, Chypre et huit pays d'Europe centrale et orientale (PECO) puis celui qui interviendra ultérieurement en principe avec la Roumanie et la Bulgarie, c'est-à-dire avec les Etats actuellement en négociations avec l'Union. Il faut y ajouter la Turquie qui a obtenu le statut de candidat au Conseil européen d'Helsinki en 1999 mais avec lequel aucun délai n'a depuis encore été fixé pour entamer les négociations. En revanche, bien que les pays de l'Europe du Sud-Est aient été reconnus « candidats potentiels » à la suite du Conseil européen de Cologne en juin 1999, ils amorcent actuellement une phase de stabilisation et d'association qui constitue un préalable à une adhésion dont la concrétisation paraît plus lointaine ; à ce titre, ils ne seront pas pris en compte dans notre concept d'Union élargie.

[3] M. MERLE, *Sociologie des relations internationales*, Paris, Dalloz, 4e édition, 1988, p. 317.

[4] Pour une illustration concrète, voir, par exemple, à propos des relations avec la Russie : C. FLAESCH-MOUGIN, « Quel partenaire européen pour la Fédération de Russie : Union européenne, Communautés, Etats membres ? », *in* J. RAUX et V. KOROVKINE (éd.), *Le partenariat entre l'Union européenne et la Fédération de Russie*, Rennes, édition Apogée, 1998, p. 57.

[5] G. ISAAC, « Le « pilier » communautaire, un « pilier » pas comme les autres », *CDE*, 2001/1-2, p. 45.

[6] Voy., en ce sens, P. LAMY, « La politique commerciale et la Convention : un exemple à parfaire », discours prononcé à la Convention le 15 octobre 2002.

[7] Accord de partenariat entre la Communauté et ses Etats membres d'une part et les Etats ACP d'autre part signé le 23 juin 2000, *JOCE*, n° L 317, 15 décembre 2000.

[8] La Grande-Bretagne soutenait les Etats-Unis et était favorable à une intervention immédiate, la France souhaitait que l'ONU joue son rôle et autorise toute intervention militaire ; quant à l'Allemagne, dans un contexte politique pré-électoral, elle s'était déclarée contre toute intervention militaire.

[9] F. HEISBOURG, *Le Monde*, 15-16 septembre 2002.

[10] A été évoquée dans le cadre de la Convention la possibilité d'adopter une déclaration des principes fondateurs en matière d'action extérieure, CONV 307/02 WG VII, compte rendu de la réunion du groupe sur l'action extérieure des 24 et 25 septembre 2002, p. 3.

[11] « Intégrer l'environnement et le développement durable dans la politique de coopération en matière d'économie et de développement », Doc. COM (2000) 264 final du 18 mai 2000.

[12] D'après Eurobaromètre, rapport n° 56, automne 2001, p. 54 et 76, et rapport relatif à l'opinion publique dans les pays candidats, p. 76.

[13] Lors de la dixième conférence annuelle des ambassadeurs à Paris le 27 août 2002, Documents d'actualité internationale, n° 19, octobre 2002, p. 716.

[14] « Avancer les yeux ouverts », *Le Monde*, 27 septembre 2002, p. 1 et 18 et les réponses du commissaire Lamy (« Europe : reculez les yeux fermés ») et du président Prodi, *Le Monde*, 18 octobre 2002, p. 5.

[15] *Bull. UE*, 2002/12, p. 21.

[16] Les rapports de la Commission sur les différents Etats candidats fournissent à cet égard des informations régulières. Par exemple en 2001, la Pologne appliquait des droits de douane moyens de 15,1% sur tous les produits, de 34% sur les produits agricoles, de 18,3% sur ceux de la pêche et de 9,9% sur les biens industriels alors que le tarif de la Communauté est respectivement de 6,3%, 16,2%, 12,4% et 3,6%.

[17] Cas des organisations régionales de pêche.

[18] Le Conseil des Etats de la mer Baltique (ou Conseil baltique) est composé des trois pays scandinaves (Finlande, Norvège et Suède), de l'Islande, de la Russie, du Danemark, des pays baltes (Estonie, Lettonie, Lituanie) de la Pologne et de l'Allemagne.

[19] Voy., sur cette obligation, les avis de la Commission, Doc. COM (97) 2001 à 2010 ainsi que les rapports de suivi ; pour 2000, voy. Doc. COM (2000) 700 à 718 final.

[20] Déclaration commune sur la PESC, *JOCE*, n° L 241, 29 août 1994, p. 381.

[21] Rapporté par *Agence Europe*, 8253, 12 juillet 2002, p. 4.

[22] C'est « le maquis de l'acquis » selon C. Delcourt, « The acquis communautaire : has the concept had its day ? » *CML Rev.*, 38, 2001, p. 849.

[23] Cas de l'accord pour le financement des conventions de Lomé ou de l'accord de Cotonou, voy., pour ce dernier, *JOCE*, n° L 315, 15 décembre 2000.

[24] C'est par exemple le cas des conventions en matière de lutte contre le terrorisme adoptées dans le cadre de l'OCDE et dans celui du Conseil de l'Europe.

[25] Voy. les avis et rapports précités de la Commission ; par exemple les Etats baltes et la Slovénie n'ont pas de système de préférences généralisés ; la Hongrie n'a pas d'accord avec les Etats ACP et, à défaut de budget, possède un fonds d'aide extérieure ; la République tchèque a, en revanche, un système modeste mais bien établi d'aide au développement.

[26] En pratique, pour les relations avec les partenaires méditerranéens, les accords conclus concernent principalement les relations avec la Turquie et Israël.

[27] Voy., sur ce point, J. Raux, « La coopération commerciale avec les pays du Maghreb, du Machrek et Israël », *Juris-classeur Europe*, 2232, 1993, points 6 et suivants.

[28] Cas des accords euro-méditerranéens d'association entre la Communauté et ses Etats membres d'une part et l'Egypte, le Liban et l'Algérie d'autre part signés en 2001 et 2002, Doc. COM (2001) 184 final du 9 avril 2001, (2002) 170 final du 8 avril 2002 et (2002) 157 final du 22 mars 2002. Il en sera sans doute de même pour les accords de stabilisation et d'association avec les Etats des Balkans occidentaux ainsi que pour l'association avec le Chili qui vient d'être signée, voire, si les négociations sont achevées, de celle avec le Mercosur.

[29] Voy., sur cette question, C. Flaesch-Mougin, « Quel partenaire pour la Fédération de Russie ? », précité, p. 76 et s.

[30] Ainsi pour la réalisation de la zone de libre-échange euro-méditerranéenne annoncée pour 2010.

[31] Arrêt du 19 mars 2002, aff. C-13/00, *Commission c. Irlande*, *Rec*., p. I-2943.

[32] Voy. les conclusions présentées par J. Lebullenger, V^e^ conférence ECSA World, organisée par la Commission européenne sur le thème « L'élargissement et le monde », Bruxelles, 14-15 décembre.

[33] A l'instar du Maroc, jadis ; on notera que la question a été évoquée pour Israël, voy., par exemple, Y. Yovel, « L'option européenne ? », *Le Monde*, 31 mai 2002, p. 20.

[34] Voy. J. Raux, « Towards a pan-euro-mediterranean association of proximity », *in* M. Maresceau and E. Lannon (ed.), *The EU's enlargement and mediterranean strategies*, Londres, Palgrave, 2000, p. 42.

[35] Voy., en ce sens, la suggestion de MM. C. Patten et Solana à propos de l'Ukraine, puis à terme de la Biélorussie et de la Moldavie, *Agence Europe*, 8287, 31 août 2002, p. 4.

[36] Titre IX : L'Union et son environnement proche, Doc. CONV 369/02, p. 5.

[37] E. Lannon, La politique méditerranéenne de l'Union, pour une politique euro-méditerranéenne commune fondée sur une géopolitique de proximité pan-euro-méditerranéenne, thèse multigraphiée, Rennes, mars 2002.

[38] Selon la formule de R. Prodi à propos des relations euro-méditerranéennes, discours prononcé à Bruges le 12 novembre 2001.

[39] C. Schneider, « Libres propos sur la contribution du droit à la dynamique de l'Europe puissance », *in* F. Hervouët (éd.), *Démarche communautaire et construction européenne*, Paris, La documentation française, 2000, p. 22.

[40] J. Sack, « Les relations extérieures de l'Union européennes sous l'angle institutionnel – pas encore en plein essor ou déjà à bout de souffle ? », *RAE*, 2001-2002, p. 29.

[41] J. Raux, « Les compétences expresses de caractère général, les associations », *Jurisclasseur Europe*, fascicule 2204, septembre 2002.

[42] C. Flaesch-Mougin, « La procédure de conclusion des accords d'association », *in* M.-F. Christophe-Tchakaloff (éd.), *Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté : Essai de clarification,* Bruxelles, Bruylant, 1999*,* p. 216.

[43] Sauf pour Chypre et Malte.

[44] Ainsi les instruments MEDA I et II sont fondés sur l'article 308 CE au motif que tous les Etats concernés ne sont pas des Etats en développement et qu'à ce titre, l'article 179 CE ne peut être retenu.

[45] Rappelons que ces accords sont fondés divers fondements juridiques ; ainsi pour la Russie, l'article ex-113 et, en vertu de la théorie des compétences implicites, les articles ex-54 par. 2, 57 par. 2, 66, 73, c par. 2, 75, 84 par. 2, 99, 100, 235 et 228.

[46] *JOCE*, n° L 276, 28 octobre 2000.

[47] Voy., en ce sens, G. Garzon Clariana, « La mixité : le droit et la pratique », *in* J.H.J. Bourgeois, J.-L. Dewost et M.-A. Gaiffe (éd.), *La Communauté et les accords mixtes : quelles perspectives ?* , Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1997, p. 15 et J. Sack, précité, p. 34.

[48] Pour reprendre l'expression utilisée par C. Schneider à propos de la PESC, étude précitée, p. 29.

[49] Citons par exemple la fixation des positions préparant les décisions à adopter au sein des organes mixtes des accords d'association depuis le traité d'Amsterdam ou certaines extensions du domaine de la politique commerciale commune après la révision de Nice.

[50] J. Raux, « De l'identité internationale à la personnalité internationale de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur du professeur G. Isaac*, à paraître.

[51] C. Delcourt, « Acquis communautaire et coopération renforcée », *in* F. Hervouët (éd.), *Démarche communautarire et construction européenne*, *op. cit*., p. 381.

[52] V. Michel, Recherche sur les compétences de la Communauté européenne, thèse multigraphiée, Université de Paris I, 850 pages, sp. p. 604 à 632.

[53] Conformément à l'article 43 UE.

[54] Contrairement au traité Euratom.

[55] Hypothèse prévue par l'article 300 CE tel que révisé par le traité d'Amsterdam.

[56] Voy. la motivation de la décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord avec la Macédoine (point 2), *JOCE*, n° L 124, 4 mai 2001, p. 1 ou celle concernant la Croatie, *JOCE*, n° L 330, 14 décembre 2001, p. 1.

[57] Déclaration commune de la Communauté et de ses Etats membres et de la République de Croatie sur le dialogue politique, *JOCE*, n° C 320, 15 novembre 2001, p. 1.

[58] L. Cohen-Tanugi, *L'influence normative internationale de l'Union européenne : une ambition entravée*, Les notes de l'IFRI, n° 40, Paris, La Documentation française, 2002, p. 26.

[59] En principe celui exerçant la Présidence.

[60] Le nombre de voix supplémentaires qui résultera de l'élargissement est dès lors d'un intérêt plus limité ; rappelons que la zone euro détient 22,94% des voix au FMI, les Etats-Unis 17,11% ; avec les quinze Etats, elle aurait 29,77% des voix et à vingt-cinq Etats, 32,72%.

[61] Même si ceux-ci, en vertu de l'obligation de coopération loyale de l'article 10 CE, doivent s'efforcer de faciliter l'insertion de la Communauté dans les organisations internationales.

[62] Rappelons que cet article prévoyait que pour toutes les questions « revêtant un intérêt particulier pour le marché commun », la Commission adressait au Conseil une proposition sur la portée et la mise en œuvre de l'action commune à mener, à charge pour ce dernier d'en décider

à la majorité qualifiée. Les Etats membres se voyaient ainsi interdire toute intervention en ordre dispersé et devaient mener une action commune dans le cadre des organisations internationales tout au moins de caractère économique.

[63] Voy., en ce sens, la délibération Euratom 1/78 du 14 novembre1978, *Rec*., p. 2151, attendus 34 à 36.

[64] En présence de compétences partagées, la nature de l'obligation n'a pas été clairement précisée par la Cour : obligation de résultat ou de moyen ?

[65] Voy. C. Flaesch-Mougin, « La participation de la Communauté aux organisations internationales », *Commentaire Mégret, Le Droit de la CE et de l'Union européenne*, vol. 12, *Relations extérieures*, deuxième édition, à paraître aux Editions de l'Université de Bruxelles.

De Lomé à Cotonou : rupture et continuité conventionnelles

Jean-Claude Gautron

La substitution d'un régime commercial de libre-échange à un régime d'échanges préférentiels et organisés s'inscrit dans une chaîne de causalité dont les maillons sont, par définition, étroitement imbriqués à tel point qu'il paraît difficile de déterminer la cause première de cette substitution. Il est assez tentant de la rechercher d'abord du côté du déclin intrinsèque des conventions de Lomé ; la survenance des nouvelles règles de l'OMC et la réorientation de la politique extérieure de l'Union européenne sont venues se surajouter ensemble et presque concomitamment à un constat d'échec sur quelques points fondamentaux.

A. Le dépérissement de la convention de Lomé

Il est assez paradoxal d'évoquer l'échec de la convention de Lomé, laquelle, en d'autres temps, a suscité enthousiasme et espoirs. Peut-être l'arbre a-t-il caché la forêt et les spécialistes de Lomé ont-ils été plus séduits par l'architecture institutionnelle et juridique de la convention que par son bilan économique. C'est, en quelque sorte, son caractère « constitutionnel » qui a prévalu, ou plus précisément le fonctionnalisme conventionnel qui la caractérise [1] et qui a masqué son délitement progressif [2]. Certes, un certain nombre d'éléments substantiels ont fait leurs preuves. En premier lieu, la convention a été fortement institutionnalisée par le jeu de ses organes paritaires de gestion et surtout par le fait que les négociations successives de la convention – ou des conventions – s'inscrivaient dans la continuité des questions évoquées par ces organes au cours de la période d'application précédant le renouvellement de la convention ; ainsi, les organes de travail spécialisés accompagnaient-ils l'extension de la coopération à des secteurs nouveaux, illustration d'une dynamique fonctionnelle qui doit beaucoup à la méthode communautaire et qui constitue un cas unique dans l'histoire des relations entre des pays industrialisés et des pays en développement. La

méthode dominante a consisté à inscrire dans le corps central de la convention des dispositions, en quelque sorte d'avant-garde, qui figuraient au préalable d'abord dans des déclarations finales puis dans des protocoles annexes.

A l'aune de cette méthode, qui reproduit l'histoire des traités constitutifs eux-mêmes, on peut juger, après les grandes innovations de la première convention (un régime d'échanges préférentiels sans réciprocité, un lien entre l'aide et le commerce – déjà amorcé par les conventions de Yaoundé –, une diversité des systèmes de garantie des ressources d'exportation, tels le protocole « Sucre » et le Stabex, un traitement plus favorable pour les pays les moins développés), les progrès accomplis par toutes celles qui ont suivi. On citera : la coopération minière (Sysmin et investissements miniers), la promotion des investissements, l'inclusion de la coopération agricole (vu l'ineffectivité de la coopération industrielle), l'encadrement du régime des accords bilatéraux de pêche, pour ce qui concerne la deuxième convention [3].

La convention de Lomé III comportait, quant à elle, outre une ambitieuse rénovation du cadre conventionnel par l'inclusion de visées stratégiques nouvelles (sécurité alimentaire, droits de l'homme, programmation faute d'un véritable dialogue sur les politiques), un élargissement continu à des domaines insuffisamment abordés : la conservation des ressources naturelles, la coopération économique et sociale, la protection des investissements, l'amélioration de la coopération régionale [4]. En même temps, les instruments récurrents de la convention sont adaptés et améliorés, qu'il s'agisse de la répartition des concours financiers du FED et de la BEI, de l'assouplissement des règles d'origine, de l'encadrement des mesures communautaires de sauvegarde et surtout du Stabex (nouveaux produits, mécanismes de déclenchement et périodes de référence assouplis, abandon de la reconstitution des ressources d'abord au profit des Etats les moins développés – Lomé III – puis de l'ensemble des pays ACP – Lomé IV). Dans la convention de Lomé IV, conclue pour dix ans, il avait été pris acte des difficultés environnementales et aussi des dysfonctionnements de nombreux Etats africains. En conséquence, avait été ajouté un dispositif d'appui aux politiques d'ajustement structurel (dont la responsabilité essentielle relève des Etats et des organisations du groupe de Washington) et une prise en compte de l'endettement des pays ACP. A mi-parcours, elle fut révisée en 1995 à l'île Maurice.

Par ailleurs, le déclin du régime commercial organisé par les conventions de Lomé s'est traduit par une érosion lente et permanente des préférences spéciales dont le but originel était, soit de conserver, soit d'assurer aux produits des Etats signataires une part relative mais significative du marché communautaire. Si en 1975, la part des pays ACP dans les importations communautaires était de 6,7 %, elle ne représentait plus que 3,9 % en 1990 et 2,7 % en 1995, chiffre à rapprocher, en dépit des aides de l'Union européenne et de ses Etats membres, des 2 % qui représentent la part de l'Afrique dans le commerce mondial. En outre, 60 % des exportations demeuraient concentrées sur une dizaine de produits seulement.

Les causes de cette érosion ont été analysées avec précision [5] : abaissement général des droits de douane, développement des relations avec les pays en développement et avec des ensembles régionaux comme l'ASEAN ou le Mercosur, décloisonnement des relations économiques avec l'Europe de l'Est, application du SPG dont la différence de tarif avec Lomé a été réduite à environ 2 %. C'est la dialectique du régionalisme et

du multilatéralisme qui est au cœur de l'érosion [6]. Très symptomatique de ce déclin, le Stabex a perdu son caractère stabilisateur, vu l'insuffisance de ses ressources, la lenteur des délais de sa mise en œuvre et la contribution des transferts qu'il appelle aux dépenses publiques générales de l'Etat bénéficiaire [7]. On rappellera que, si la quatrième convention de Lomé a transformé les avances sur transferts – comme les financements Sysmin – en subventions définitives, l'un des ses pères fondateurs, Jean-Claude Muller, y voyait à l'origine une caisse de compensation susceptible de reconstitution, les pays ACP étant placés en situation de créditeurs-débiteurs [8].

La convention de Lomé a connu d'autres difficultés : la réduction de la part des ressources programmées, l'inefficacité de la coopération commerciale sur les marchés de la Communauté, le poids des contraintes d'ajustement, l'émergence tardive du fait des résistances des ACP et de la concurrence entre Européens d'un régime de protection des investissements… Si les Etats ACP ont d'abord souhaité le maintien du *statu quo,* la nécessité d'une révision profonde de Lomé préexistait à l'émergence des règles de l'OMC.

B. Le défi émergent de l'OMC

Les préférences commerciales non réciproques de Lomé n'étaient pas conformes à l'article XXIV par. 8 du GATT et ceci dès l'origine. En effet, pour que soient admises une zone de libre-échange ou une union douanière (article XXIV par. 6), il convenait que les droits de douane et autres restrictions d'ordre commercial soient abolis pour « l'essentiel (des) échanges » et de manière réciproque. Si la Communauté s'est appuyée sur les dispositions favorables aux pays en développement qui ont été ajoutées avec la partie IV du GATT, les parties contractantes n'ont jamais reconnu unanimement le bien-fondé de cette référence.

Dans les faits, la convention de Lomé a fait l'objet d'une appréciation nuancée, soit une acceptation *de facto* sur la base d'une tradition acquise et compte tenu du grand nombre et de la faiblesse économique des Etats ACP. Sur la convention pesait de ce fait une « épée de Damoclès » qui rendait fragile le *statu quo*. Celui-ci fut rompu, à l'occasion du contentieux des bananes, puisque les deux « panels » du GATT (rapports des 3 juin 1993 et 11 février 1994) conclurent à l'incompatibilité avec le GATT des systèmes nationaux organisant le marché de la banane et de l'organisation commune des marchés de la banane [9]. Le groupe spécial a donc invité les parties à la convention à mettre celle-ci en conformité avec les règles du GATT ou à demander une dérogation. Les argumentaires juridiques de la Communauté étaient, cette fois, mis à mal. En raison de sa non-réciprocité, le régime de Lomé ne pouvait être considéré comme instaurant une zone de libre-échange telle qu'autorisée par l'article XXIV du GATT. Par ailleurs, du fait que les préférences commerciales de Lomé ne s'appliquent pas à l'ensemble des pays en développement, elles revêtent un caractère discriminatoire, elles ne sont pas couvertes par la clause d'habilitation adoptée dans le cadre des accords du Tokyo Round le 28 novembre 1979. Enfin, la partie IV du GATT qui admet la non-réciprocité dans les relations entre pays développés et pays en développement ne peut être invoquée du fait que la notion de non-réciprocité a une portée moins étendue que le concept de préférence.

Bien que les rapports n'aient pas été adoptés, compte tenu de la survenance des nouvelles règles de l'OMC relatives au mode d'adoption des rapports des groupes spéciaux [10], la Communauté européenne a été conduite à demander une dérogation (*waiver*) pour l'ensemble du régime commercial de la convention de Lomé, dérogation qui a été accordée pour une durée de six ans [11].

Or, l'accord instituant l'OMC modifie les mécanismes procéduraux de la dérogation assez profondément. Les dérogations types OMC doivent être justifiées au regard de « circonstances exceptionnelles ». De plus, les dérogations octroyées pour une durée supérieure à douze mois doivent être soumises à un réexamen annuel. En outre, l'obtention d'une dérogation n'exclut pas l'ouverture d'une procédure par un membre de l'OMC. C'est dire que la continuation de la convention de Lomé aurait été frappée de précarité.

Plusieurs options étaient ouvertes [12].

La première avait la préférence des pays ACP, qui consistait à maintenir le *statu quo*. Pour des raisons qui viennent d'être indiquées, elle a été abandonnée par l'Union européenne ; d'ailleurs l'option *statu quo* ne figurait plus dans le document présenté par la Commission à la veille du sommet ACP de Libreville [13] ; les Etats ACP y ont à leur tour renoncé dès lors qu'ils furent convaincus que le mécanisme des dérogations fragiliserait le régime commercial et pourrait contribuer à détourner des investisseurs vers d'autres pays.

Une autre option, initialement présentée par la Commission, consistait à étendre aux pays ACP le système des préférences généralisées. Fondé sur l'article 133 CE (ancien article 113 du traité CE) [14], le système communautaire des préférences générales institué dès 1970 a été remanié à plusieurs reprises. Il a d'abord été étendu géographiquement et quant à la liste des produits couverts. A compter de 1994, une différenciation positive est établie au bénéfice des PMA. Les produits couverts sont les produits manufacturés et aussi les produits agricoles mais, en ce qui les concerne, selon la procédure de la liste positive qui repose sur une sélection des produits cas par cas. Compte tenu de l'érosion des préférences spéciales octroyées aux pays ACP, la Communauté a introduit une clause de graduation (ou d'exclusion graduelle) en vertu de laquelle les préférences doivent s'effacer au fur et à mesure du développement économique des bénéficiaires. L'extension du SPG aux pays ACP a été préconisée par certains pays européens, dont la Grande-Bretagne et les Pays-Bas, soucieux par tradition d'échanges mondialisés plutôt que régionalisés ; elle a été combattue par la majorité des pays ACP et par la France et la Belgique. Le système proposé présentait au moins deux avantages. En premier lieu, il permettait de préserver le mécanisme de la non-réciprocité ; en second lieu, il garantissait la sécurité juridique. Mais les inconvénients étaient manifestes. L'ensemble des pays en développement (ACP et non-ACP) aurait bénéficié des mêmes préférences et leurs produits auraient été soumis à un accès moins favorable que certains pays bénéficiant d'un accord de libre-échange. En outre, toute révision du SPG aurait bénéficié à des pays non-ACP. De plus, le dispositif aurait conduit à distinguer parmi ceux-ci entre les pays selon la clause de graduation et ainsi défavoriser ceux qui acquièrent une plus grande compétitivité. Dans l'ensemble, le système aurait dilué la spécificité des ACP au

regard de l'Union européenne et abouti à la dislocation du lien et de la notion même de partenariat, produit d'une longue histoire.

L'Union européenne a clairement fait le choix de la zone de libre échange sous la forme d'accords de partenariat économique régionalisés (APER). Au centre de la logique, on retrouve le thème de l'intégration régionale, essentiel pour l'Union européenne. Cependant, l'appréciation varie selon les Etats membres. Une fois encore, le Royaume-Uni et les Pays-Bas préféraient un désarmement tarifaire dans un cadre multilatéral, soit avec la zone ACP dans son ensemble. La Commission et la France jouèrent un rôle décisif en faveur d'une approche régionale. Toutefois la possibilité de conclure des accords bilatéraux avec des pays *ut singuli* ne fut pas écartée dès lors que l'adhésion aux APER demeure, par définition, strictement volontaire. C'est sur cette base que fut conclu, le 23 juin 2000, l'accord de Cotonou [15] avec quarante-huit Etats africains, quinze Etats caraïbes et quatorze Etats du Pacifique.

C. Mort et transfiguration d'une convention

Si le régime commercial de l'accord de Cotonou est en rupture totale avec celui qui découlait des conventions de Lomé, les volets extra-commerciaux constituent un prolongement de l'acquis de Lomé pour l'essentiel. Le processus de négociation avait été engagé en 1996 après que la convention de Lomé IV ait été révisée. Le livre vert de la Commission avait permis de lancer les réflexions. Le 25 juin 1998, le Conseil délivrait un mandat de négociation à la Commission, le mandat des ACP fut adopté à l'automne 1998. Les travaux des quatre groupes de négociations furent soumis à plusieurs réunions interministérielles tenues à Dakar et à Bruxelles. La signature intervint à Cotonou, capitale du Bénin le 23 juin 2000 [16]. L'accord est conclu pour une durée de vingt ans, ce qui ne saurait surprendre compte tenu de l'ampleur et des difficultés propres aux périodes transitoires ou préparatoires. Une décision du Conseil ACP-CE du 27 juillet 2000 [17] a permis son application anticipée à compter du 2 août 2000.

L'accord pourra être révisé tous les cinq ans ; l'aide financière est inscrite dans un protocole renouvelable tous les cinq ans.

1. Les remaniements du régime commercial : la rupture institutionnalisée

a) La pierre angulaire des futures relations entre la Communauté et les Etats ACP est la création de zones de libre-échange régionalisées (APER). Etant donné que certains accords de partenariat pourraient être conclus avec des Etats non inclus dans un groupement régional (ou sous-régional), les représentants des pays ACP ont proposé, lors de leur réunion de Bruxelles en mai 2001, de retenir l'appellation APE, accord de partenariat économique. Cette appellation simplifiée est conforme à la lettre de l'accord de Cotonou qui se réfère seulement au « partenariat » et aux « accords de partenariat ».

Le choix des accords régionaux se fonde, en premier lieu, sur l'acquis institutionnel, produit de l'histoire des relations entres pays en développement, à savoir l'existence de nombreuses organisations régionales d'intégration, même si elles ne connaissent pas toutes des progrès identiques [18]. Il est vrai que beaucoup d'entre elles connaissent des difficultés structurelles en raison de la faiblesse de leurs échanges (productions

non complémentaires) du fait de l'importance du commerce informel, des divergences politiques qui divisent leurs membres, de leur dépendance à l'égard des ressources douanières qui constituent souvent un substitut à un système véritable de ressources fiscales endogènes, lesquelles impliquent un développement réel et mesurable [19]. Par ailleurs, certains groupements régionaux ont disparu (CEAO), d'autres ne survivent que dans les textes (Groupement des Grands Lacs) ou englobent un Etat de dimension exceptionnelle (le Nigeria dans la CEDEAO).

Il se fonde aussi sur l'intérêt communautaire constant pour des groupements inspirés du modèle européen et, en ce qui concerne les Etats ACP, le soutien que la Communauté a toujours accordé aux groupements régionaux (dérogation aux règles d'origine, crédits affectés à la coopération régionale, reconnaissance de la participation d'un Etat non-ACP) [20]. Par leur nature, les accords de partenariat entendent opérer comme un stimulant supplémentaire de l'intégration régionale et dans un délai préfixé. En principe, les unions douanières régionales devraient être achevées ou reconstituées avant le 1er janvier 2008, date de l'entrée en vigueur des accords de partenariat. Cette perspective paraît, en l'état actuel, déjà réalisée pour l'UEMOA et le CARICOM qui sont des unions douanières avancées et négocient pour leurs Etats membres sur le plan commercial. Elle paraît plus lointaine pour les Etats ACP du Pacifique (désormais quatorze pays dont les ex-territoires placés sous tutelle stratégique), insuffisamment encadrés par le South Pacific Forum, et plusieurs sous-régions africaines qui connaissent des difficultés graves et persistantes.

La mise en œuvre du libre-échange dans les rapports entre la Communauté et les unions douanières de pays ACP obéira au principe de réciprocité, corrigé par une asymétrie en faveur des ACP, donc en conformité avec le concept de réciprocité différenciée qui imprègne l'article 37 de l'accord de Cotonou. L'Union européenne devra libéraliser, dès 2008, sur la base des acquis de la convention de Lomé, tandis que les ACP y procéderont progressivement tout au long d'une période de douze ans (2008-2020). Toutefois, l'accord de Cotonou, pas plus que les accords euro-méditerranéens, ne comporte des dispositions nouvelles concernant les produits agricoles ; l'élargissement à venir de l'Union ne paraît guère propice à un assouplissement de la réglementation communautaire.

L'une des questions majeures demeure celle de la compatibilité des futurs accords de partenariat avec les règles du GATT-OMC relatives aux zones de libre-échange [21]. Or, l'histoire récente incite en ce domaine à une grande prudence. La position de la Communauté est que la période de transition peut être longue (elle a déjà fait application d'une période de vingt ans dans les accords conclus avec les pays méditerranéens et avec l'Afrique du Sud). Par ailleurs, elle n'exclut pas de traiter différemment les pays membres d'une même union régionale. Elle préconise, comme nous venons de le dire, une libération asymétrique de « l'essentiel des échanges commerciaux ». Mais l'OMC, pas plus que le GATT, n'a une position commune sur l'interprétation de la règle de « l'essentiel des échanges commerciaux ». Pour certains Etats et notamment ceux de la Communauté, il s'agit d'un pourcentage d'échanges (conception « quantitative ») ; pour d'autres, la règle implique qu'aucun secteur important ne soit exclu (conception « qualitative »). La conception « qualitative » implique l'ouverture de la Communauté aux produits agricoles ACP. Si dans l'article XXIV, par. 8, il est précisé que la zone

de libre-échange implique la suppression – outre les droits de douane – des « autres réglementations commerciales restrictives », la définition de ces réglementations reste ouverte. Qu'en sera-t-il des mesures de sauvegarde spéciales qui sont annoncées dans les futurs accords de partenariat ? Or, il est douteux que l'article XXIV fasse l'objet d'une réforme tant elle ouvrirait des tensions peu supportables pour l'OMC.

En pratique, conformément à l'article XXIV, les futurs accords de partenariat (régionalisés) seront notifiés et transmis au Comité des accords commerciaux régionaux [22] qui présentera un rapport au Conseil du commerce des marchandises, lequel adoptera les recommandations appropriées. Ces recommandations ont un caractère obligatoire et visent à assurer la compatibilité des zones de libre-échange avec l'accord général. L'article XXIV, par. 5, tel que rénové par le mémorandum d'accord de 1994, applique aux accords provisoires un « délai raisonnable » de dix ans mais ce délai peut être assoupli. Le mémorandum est suffisamment lacunaire quant à l'interprétation des règles de fond pour que la Communauté soit conduite à invoquer la clause de flexibilité. Les parties contractantes pourraient alors à la majorité des deux tiers accepter des propositions qui ne seraient pas entièrement conformes aux exigences de l'article XXIV à condition qu'elles conduisent à établir une union douanière ou une zone de libre-échange. C'est dire que la sécurité des (futurs) accords n'est pas complètement assurée pour la raison que les réglementations juridiques du GATT-OMC laissent place à des interprétations diverses. La compatibilité des accords de coopération économique et des règles de l'OMC est une création continue.

b) La différenciation des Etats ACP selon leur niveau de développement est un élément essentiel de l'accord. A la suite de la convention de Lomé, l'accord de Cotonou comporte une cinquième partie [23] relative aux Etats ACP les moins avancés, enclavés ou insulaires. Alors que dans la convention de Lomé IV, la liste des ACP les moins développés comportait quarante-quatre Etats, énumérés dans le corps de la convention, la liste des Etats les moins avancés (quarante Etats) figure à l'annexe IV de l'accord. Certains Etats ont changé de position [24].

Les parties ont décidé de maintenir un traitement particulier en faveur des PMA. La Communauté s'est engagée à assurer aux PMA un régime commercial qui soit équivalent à celui de Lomé pour une période qui n'est pas déterminée [25]. Selon l'article 37, par. 9, au plus tard en 2005, la Communauté devrait assurer l'accès en franchise de droits de l'essentiel des produits originaires des PMA. Dans les faits en février 2001, la Communauté a choisi de libéraliser toutes les importations en provenance des PMA. C'est l'initiative dite « Tout sauf les armes » : elle ne concerne pas les seuls ACP-PMA puisque certains parmi les pays les moins avancés ne sont pas membres du groupe ACP [26]. Elle se traduit par une modification du Système de préférences générales applicable aux PMA sans attendre, en ce qui concerne les ACP-PMA, l'échéance du 1er janvier 2005. L'accélération du calendrier est en partie liée à l'échec de la conférence ministérielle de l'OMC tenue à Seattle. Bien que de nombreux PMA n'appartiennent à aucun groupe régional en Afrique et dans le Pacifique, il n'est pas exclu que l'octroi des préférences à certains d'entre eux ait un effet de dissuasion quant à la négociation des accords de partenariat réputés « régionalisés ». La question se pose autrement pour d'autres Etats ACP non-PMA.

c) Si des pays ACP non-PMA ne souhaitent pas conclure un accord de partenariat économique, même un accord individuel, la conclusion d'accords bilatéraux comportant des préférences non réciproques obligerait à recourir aux dérogations sur la base du consensus à l'OMC et pour une durée limitée à douze mois. Dans ce cas, ces Etats se verraient offrir le bénéfice du Système des préférences générales mais sans les avantages qui découlaient des conventions de Lomé. Joël Lebullenger [27] observe que la Communauté, de son côté, éprouvera sans doute de grandes difficultés à satisfaire aux principes posés par l'article 37, par. 6 de l'accord de Cotonou :

> « En 2004, la Communauté examinera la situation des non-PMA qui décident, après consultation avec la Communauté, qu'ils ne sont pas en mesure de négocier des accords de partenariat économique et elle étudiera toutes les alternatives possibles, afin de pourvoir ces pays d'un nouveau cadre commercial, qui soit équivalent à leur situation existante et conforme aux règles de l'OMC ».

Les prescriptions de l'article 37 sont-elles irréalistes ou optimistes ? Faudra-t-il multiplier les dérogations ? L'OMC acceptera-t-elle une telle demande ?

Il n'est pas exclu que les Etats ACP non-PMA se résolvent finalement à conclure des accords de partenariat, compte tenu des avantages de l'aide financière, nonobstant les inconvénients du régime commercial. « *Aid, not trade* ? ».

2. La révision de la coopération : la continuité préservée

a) Si les objectifs du partenariat sont énoncés à l'article 1er, à savoir le développement des Etats ACP, la contribution à la paix et à la sécurité et un environnement stable et démocratique, l'objectif principal est bien la réduction de la pauvreté dans un développement durable et une intégration progressive des ACP dans l'économie mondiale. Certains principes du partenariat sont formulés d'une manière inédite, parmi lesquels on citera : la participation des acteurs non étatiques (secteur privé, organisations syndicales, « société civile »), l'appropriation par les ACP des stratégies de développement, le lien entre la différenciation et la régionalisation qui constitue un point fort de la nouvelle convention.

b) La dimension politique du partenariat est articulée autour d'un dialogue politique. Déjà la convention de Lomé IV révisée à mi-parcours (1995) comportait une clause relative au respect des droits de l'homme, à l'Etat de droit et à la bonne gestion des affaires publiques [28]. Cette clause faisait écho au nouvel article 130 U du traité CE (désormais article 177 par. 2 CE) relatif aux objectifs de la politique communautaire de coopération au développement, introduit par le traité de Maastricht.

Le dialogue politique instauré à l'article 8 de l'accord est élargi à de nouveaux domaines : la prévention et la résolution des conflits, la question des migrations. Celle-ci fut soulevée tardivement par les négociateurs de l'Union bien qu'elle ait été déjà traitée, mais non réglée, dans le cadre des accords d'association euro-méditéranéens. La négociation portait sur l'ampleur de la clause de réadmission. L'Union en effet souhaitait que les Etats ACP acceptent d'être tenus d'admettre le retour des migrants illégaux qui avaient transité par leur territoire quelle que soit leur nationalité. Devant le refus des ACP, l'accord [29] instaure une clause de réadmission pour les seuls ressortissants de chaque Etat ACP ; toutefois, à la demande d'une partie, des accords

bilatéraux seront négociés afin de fixer les obligations de réadmission et, le cas échéant, des dispositions relatives à la réadmission des ressortissants des pays tiers.

L'accord de Cotonou, à la suite de négociations tendues, comprend des dispositions nouvelles relatives à « la bonne gestion des affaires publiques ». La difficulté d'apprécier la bonne gestion a été soulevée par les Etats ACP qui y voyaient une conditionnalité politique dangereuse car nécessairement teintée de subjectivité. Selon les termes de l'article 9, la bonne gestion s'entend comme « la gestion transparente et responsable des ressources… Elle implique des procédures de prise de décision claires (…) la primauté du droit dans la gestion et la répartition des ressources, et le renforcement des capacités pour l'élaboration et la mise en œuvre des mesures visant en particulier la prévention et la lutte contre la corruption ».

Sur le plan juridique, les négociations ont conduit à une distinction entre les « éléments essentiels » de l'accord et l'« élément fondamental ». La distinction est établie comme suit : c'est un compromis. L'article 96 de l'accord renouvelle la procédure qu'avait instaurée l'article 366 *bis* de la convention de Lomé au titre des éléments « essentiels ». En cas de violation d'un tel élément (droits de l'homme, principes démocratiques, Etat de droit), les consultations sont conduites « au niveau et dans la forme les plus appropriés » [30], leur durée variant selon la nature et la gravité du manquement (dans la limite de deux mois) [31]. L'échec – ou la non-tenue – des consultations peut conduire à des mesures de suspension, totale ou partielle, de l'accord. Des mesures moins radicales, dites « appropriées », peuvent être arrêtées ; elles sont placées sous l'empire du principe de proportionnalité.

Ces dispositions se situent clairement dans le prolongement de la convention de Lomé. Du fait que la bonne gestion des affaires publiques ne constitue, en quelque sorte, qu'un « élément fondamental » (*sic*), son non-respect ne peut conduire à une procédure de suspension de l'accord. Seuls les cas graves de corruption sont considérés comme une violation d'un élément fondamental [32]. La corruption peut impliquer des fonds du FED mais elle peut aussi concerner d'autres ressources. Des consultations peuvent avoir lieu à l'initiative de l'une des parties ; le régime des sanctions suit celui applicable à la violation d'un élément essentiel.

Toutefois l'accord ne définit pas ce qu'est un « cas grave de corruption ». La construction d'ensemble n'est donc pas satisfaisante sur le plan juridique.

c) Alors que la convention de Lomé, en son dernier état, comportait une deuxième partie sur les domaines de la coopération et une troisième partie sur les instruments de la coopération, l'accord de Cotonou comporte une partie nouvelle (la troisième) intitulée « Stratégies de coopération » [33], et une quatrième partie, « Coopération pour le financement du développement ». La structure de la troisième partie de l'accord est particulièrement éclairante du point de vue comparatif.

Au titre de la coopération économique et commerciale, les dispositions qui instauraient le régime général des échanges ont été supprimées et remplacées par un chapitre bref [34], lequel renvoie à des accords commerciaux qui seront négociés au cours de la période préparatoire (2000-2007 inclus). La période préparatoire est régie par une annexe V [35] qui reproduit assez largement les dispositions de la convention de Lomé, en application de l'article 36, par. 3 du nouvel accord. De même les chapitres sur la coopération dans le domaine des produits de base (Stabex, Sysmin)

sont supprimés et remplacés par des protocoles relatifs aux produits de base, joints à l'annexe V de l'accord, qui seront réexaminés à la lumière des nouveaux accords commerciaux. En revanche, des formes – qui étaient prévisibles – de coopération se multiplient soit à partir des cadres internationaux existants (accord général sur le commerce des services, accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, accord sur les obstacles techniques au commerce, protocole sur les services de télécommunication, accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, conventions de l'OIT), soit à partir des politiques et actions engagées par la Communauté. De ce point de vue, les énoncés de l'article 45 sur la politique de concurrence (qui reproduit les dispositions du traité CE) ou de l'article 51 sur la politique des consommateurs sont significatifs. En ce qui concerne la pêche, alors que la convention de Lomé comportait un dispositif d'encadrement des accords bilatéraux de pêche [36], l'accord de Cotonou se borne à rappeler que le principe de non-discrimination régit les accords de pêche ACP-Communauté.

Par ailleurs, l'aide est concentrée sur certains secteurs, rompant ainsi avec le « saupoudrage » engendré par les successives conventions de Lomé.

Compte tenu de l'architecture envisagée à l'échéance de 2008 [37], l'accord de Cotonou accorde un appui réitéré aux processus d'intégration régionale incluant, si possible, des pays moins avancés et comporte un dispositif financier particulier pour le financement des programmes régionaux.

d) La coopération pour le financement du développement se situe dans le prolongement des acquis de la convention de Lomé. Sous l'empire de la convention de Lomé, le FED recouvrait une pluralité d'instruments, dont l'aide programmable, les transferts du Stabex, les facilités de financement spéciales pour les produits miniers, les facilités d'ajustement structurel… La convention de Lomé IV avait, sous l'effet de la crise et de la situation d'endettement des pays ACP, transformé les prêts spéciaux et les transferts en subventions pures et simples. Il ne restait désormais que les subventions ou les capitaux à risque. Toutefois, chaque instrument financier était régi par des procédures propres et une programmation spécifique. L'accord de Cotonou met fin à une diversité productrice de complexité et d'effets pervers.

Désormais, les ressources du FED (le neuvième), d'un montant de treize milliards et demi, sont réparties à partir de deux enveloppes [38] : le développement à long terme, la facilité d'investissement.

Le développement à long terme regroupera les aides non remboursables ; les ressources pourront être affectées, sans prédétermination, au financement de diverses opérations (à l'exception des programmes régionaux qui disposeront d'un apport de 1,3 milliard d'euros). A ces ressources, s'ajouteront des ressources additionnelles en cas de fluctuation à court terme des recettes d'exportation. Ce mécanisme remplace donc le Stabex et le Sysmin dont les Etats ACP avaient demandé le maintien pendant la période préparatoire [39].

La facilité d'investissement sera gérée, pour un montant de 2,2 milliards d'euros par la Banque européenne d'investissement. En effet, elle vise à favoriser le développement du secteur privé dans les Etats ACP. En principe, ce fonds devrait être renouvelé par les remboursements et retours des prêts et des capitaux à risque [40] et donc être autonome au regard des dotations des futurs FED. L'accord de

Cotonou introduit un système de programmation glissante et un nouveau mécanisme d'allocation des ressources. L'allocation sera fixée sur la base de critères associant les besoins des Etats ACP et leurs performances. L'appréciation la plus délicate, celle des performances, sera fondée sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des réformes institutionnelles, la mise en œuvre effective des opérations en cours, les qualités de la gestion budgétaire et de la gestion des ressources, les indices de réduction de la pauvreté, les politiques macro-économiques suivies par chaque Etat (endettement, équilibre budgétaire, développement du secteur privé…). Par ailleurs, chaque Etat élabore une stratégie de coopération nationale (SCN) complétée par un programme indicatif opérationnel. La stratégie sera adaptée de manière continue de manière que, par des procédures d'examen et de suivi, les besoins soient réactualisés et les mérites récompensés. A terme, les aides-projets devraient être remplacées par des aides budgétaires directes afin de mieux satisfaire le concept d'« appropriation » de son développement par chaque Etat ACP.

Toutefois, cette perspective implique une meilleure gestion publique dont on a dit qu'elle constitue un « élément fondamental » de l'accord. Par ailleurs, les ACP préfèrent la sécurité des ressources à toutes les formules de flexibilité (et d'évaluation) que suggèrent les nouveaux mécanismes.

Ces nouvelles lignes annoncent le futur système de financement du FED : la France est favorable à la budgétisation en tant que premier contributeur au FED (pour 24,3 %) alors que sa part dans le financement du budget est de 17,5 %. La budgétisation apportera un point final à une longue attente des parlementaires européens. Paradoxalement, elle signera aussi une évidente banalisation des rapports entre l'Europe et les ACP.

Notes

[1] J.-C. Gautron, « De Lomé à Lomé », *in Recueil d'Etudes à la mémoire de Gilbert Apollis*, Paris, Pedone, 1992, p. 225-237.

[2] D. Bach, « Un ancrage à la dérive, la convention de Lomé », *Revue Tiers Monde*, 136, octobre-décembre 1993, p. 749-758.

[3] J.-C. Gautron, « De Lomé I à Lomé II : la convention ACP-CEE du 31 octobre 1979 », *CDE*, 1980/4, p. 383-437.

[4] Sur Lomé III, voy. le numéro spécial de la *Revue du Marché commun*, avril 1986, dir. J.-C. Gautron, notamment les articles de T. Flory, P. Juillard, J. Bourrinet, J. Raux, J.-C. Gautron.

[5] Voy. par exemple J. Bourrinet *in Les Etats ACP face au marché unique européen*, Economica, 1994, p. 11-28 et dans le même ouvrage, J.-C. Gautron, « Les Etats ACP et l'achèvement du marché intérieur en Europe », p. 29-46.

[6] Voy. A. Landau, « Multilatéralisme et régionalisme dans les relations économiques internationales », *in* D. Bach (éd.), *Régionalisation, mondialisation et fragmentation en Afrique subsaharienne*, Karthala, 1998, p. 25-40.

[7] Voy. les solutions proposées par P. Guillaumont, S. Guillaumont-Jeanneney et *al. in Politique étrangère* , 1/98, p. 155-170.

[8] Voy. J.-C. Muller, « Le Stabex dans la 4e convention de Lomé », *RMC*, 1991, p. 383-390.

[9] L'OCMB a été créée par le règlement 404/93 du Conseil, *JOCE*, n° L 47, 25 février 1993.

[10] Sous l'empire du GATT, l'adoption du rapport impliquait l'unanimité, alors que le mécanisme nouveau issu de l'Uruguay Round prévoit l'adoption du rapport par l'organe de règlement des différends sauf appel ou consensus contre l'adoption.

[11] Cette dérogation aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 1 fut prorogée le 14 octobre 1996 afin qu'elle coïncide avec la date d'expiration de la convention de Lomé IV, soit le 29 février 2000.

[12] La Commission a produit le 20 novembre 1996 un *Livre vert sur les relations entre l'Union européenne et les pays ACP à l'aube du XXIe siècle. Défis et options pour un nouveau partenariat,* COM 96/570 final.

[13] *Orientations en vue de la négociation de nouveaux accords de coopération avec les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique,* COM (97) 537 final.

[14] CJCE, 26 mars 1987, aff. 45/86, *Commission c. Conseil*, *Rec*., p. 1493.

[15] On peut lire, B. Petit, « Le nouvel accord de partenariat ACP-UE », *RMCUE*, 437, avril 2000, p. 215 et s. Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, signé à la convention de Cotonou le 23 juin 2000, *JOCE*, série 4, n° 317, 15 décembre 2000.

[16] Le choix de Cotonou marque une rupture symbolique et technique avec les précédentes conventions. Il n'est pas pur de toute appréciation concernant l'orientation politique des régimes locaux.

[17] Décision 1/2000, *JOCE*, n° L 195, 1er août 2000, p. 46.

[18] Citons : l'UEMOA (huit pays membres d'Afrique occidentale), l'UDEAC-CEMAC (six pays membres de l'Afrique équatoriale), la SADC (quatorze pays dont l'Afrique du Sud), l'EAC (trois pays d'Afrique orientale), le CARICOM (seize pays insulaires des Caraïbes).

[19] Pour une vision réaliste, on peut se reporter à mon article « En attendant Godot ou l'intégration régionale en Afrique », colloque de la FNSP, Institut d'études politiques de Bordeaux, 1978.

[20] L'accord de Cotonou admet que participent à des unions régionales des Etats non-ACP, des PTOM ou des régions ultra-périphériques.

[21] Sur ce point il est utile de se référer à l'article de J. Lebullenger, « Les dispositions commerciales de l'accord de partenariat ACP/CE de Cotonou confrontées aux règles de l'OMC », *RAE*, 2001-2002/1, p. 75 et s., notamment p. 84 à 88.

[22] Le Comité des accords commerciaux régionaux a été créé en février 1996 par le Conseil général de l'OMC, voy. O. Blin, *L'organisation mondiale du commerce*, Ellipses, 1999, p. 41.

[23] Articles 84 à 90 de l'accord.

[24] Sont inscrits parmi les PMA l'Angola, le Congo, le Sénégal, Madagascar, qui ne figuraient pas parmi les pays les moins développés.

[25] Cet alignement a été opéré par le règlement CE 602/98, *JOCE*, n° L 80, 18 mars 1998.

[26] Voy. règlement CE 416/2001, du 28 février 2001, *JOCE*, n° L 60, 1er mars 2001. Des dispositions dérogatoires sont cependant inscrites pour quelques produits : les bananes (jusqu'au 1er janvier 2006), le riz et le sucre (libéralisation entre 2006 et 2009).

[27] Article précité, p. 82.

[28] Article 5 de la convention : le respect des droits de l'homme et de l'Etat de droit était considéré (article 366 *bis*) comme « élément essentiel » de la convention (mais non la bonne gestion des affaires publiques) ; en conséquence leur violation ouvrait une procédure de consultation. Si elle n'était pas efficiente, la violation pouvait conduire jusqu'à la suspension de la convention.

[29] Article 13, par. 5, C.

[30] La convention de Lomé IV révisée comportait la fixation des instances de consultation.

[31] En cas de violations particulièrement graves, des mesures peuvent être arrêtées sans consultation préalable : ce sont des cas d'urgence particulière.

[32] Articles 9 et 97 de l'accord.

[33] Articles 18 à 57.

[34] Articles 36 et 37.

[35] Régime commercial applicable au cours de la période préparatoire prévue à l'article 37, par. 1.

[36] Voir J.-C. Gautron, « Les accords de pêche entre la Communauté et les Etats ACP », *in* J. Lebullenger et D. Le Morvan (éd.), *La Communauté européenne et la mer*, Economica, 1990, p. 207 à 221.

[37] Article 35, par. 2 : « La coopération économique et commerciale se fonde sur les initiatives d'intégration régionale des Etats ACP, considérant que l'intégration régionale est un instrument clé de leur intégration dans l'économie mondiale ».

[38] Pour la période 2000-2007, les reliquats des précédents FED s'y ajoutent pour un montant d'environ dix milliards.

[39] Article 68 de l'accord. L'annexe II instaure des critères d'éligibilité différenciés selon que sont concernés les Etats ACP moins avancés ou non : la perte de 2 % des recettes d'exportation suffit pour ces derniers (*a contrario*, 10 % pour les autres). Les critères d'éligibilité sont plus précisément :

- une perte de 10 % sur les recettes d'exportation par rapport à la moyenne des trois périodes des quatre années précédant l'application ;
- ou une perte de 10 % sur la totalité des revenus des produits agricoles et miniers pour les pays dont les recettes d'exportation en produits de base représentent plus de 40 % des recettes totales d'exportation ;
- 10 % d'aggravation par rapport au déficit public programmé pour l'année.

[40] Article 21 de l'accord.

The European Union and the WTO Some Constitutional Tensions [1]

John H. Jackson

A. Introduction

I am delighted to be a part of a volume of essays contributed in honor of Professor Jean-Victor Louis. I have known Jean-Victor for decades, and have much enjoyed our friendship, and our many exchanges of views in long conversations that we have had. We collaborated with a third author (Professor Mitsuo Matsushita, of Japan) on a book published in 1984 [2] and during that exercise, we had many discussions on some of the implications of international trade law developments. Professor Jean-Victor Louis' contribution to the literature of international economic law, and his particular expertise on European Union law in relation to monetary affairs are well known worldwide. I am pleased and honored to be among those authors asked to contribute to the volume honoring him.

For this exercise, I have been asked to contribute to the portion of the project entitled, *"Les relations extérieures"*, of the European Union. Clearly, a very significant chapter of EU external relations involves the WTO, and since my own expertise has focused on the WTO, I am addressing this manuscript particularly to some matters of the EU relationship to the WTO, albeit with a focus on some of the broader policy aspects and constitutional problems of the WTO that could affect that relationship. In particular, I address the WTO dispute settlement process, which has proven, in the short history of the WTO, to be a candidate for the most important of the developments in the WTO "constitution".

B. The WTO Dispute Settlement and The European Union – Overview

As a very large trading entity, it is not surprising that the European Union is involved in a very high overall percentage of all of the WTO dispute settlement cases (the same is true of the United States).

As of March 26, 2002, there have been 251 complaints (regarding 180 distinct matters) brought to the WTO for "adjudication" in its dispute settlement processes. A brief snapshot of those cases can be seen in a chart in *Appendix 1* of this work. This matrix shows the complainants and the number of their complaints, and their respondents, categorized by different levels of economic development. From this, we can see that the European Union has brought 56 complaints, or 22% of the total complaints. We can also see that the European Union has responded to 49 complaints, or 19% of the total cases brought. Thus, the EU has been a disputant in 105 cases, or 41% of the 251 cases brought to the WTO. By way of comparison, the US numbers are 66 cases (26%) as complainant and 63 cases (25%) as respondent, for a total of 129 cases as disputant, or 51% of the 251.

However, we know from the data and experience of professionals intimately involved in the process that only approximately half of the cases that are brought to the WTO by a complaint actually go on to a panel process. Thus, there is a great deal of settlement going on, some of it through private negotiations, others through the processes themselves. Of the total WTO complaints as of April 15, 2002, 100 have resulted in a final, adopted report (either a First Level Panel Report adopted without appeal, or the adoption of the Appellate Body Report after appeal, which makes reference to the First Level Panel for portions of its report that were not appealed). The results of these 100 cases are contained in 85 first level panel reports and 48 Appellate Body reports so far. It appears that 20 (about 24%) First Level Panel reports were not appealed. These more than twelve thousand pages of reports contain an extraordinarily rich jurisprudence, with implications not only for the WTO and international economic law, but also broader implications for international law generally, and for international relations. These broader implications, however, are a subject for other works, and will not be addressed directly in this article.

The European Union experience particularly shows that, as to the *adopted* reports, the EU has been the complainant in 22 cases of 100, and has been the respondent in 7 of 100. These 29 cases are contained in 8 First Level Panel reports and 21 Appellate Body reports. The win/loss numbers are always somewhat deceptive in trying to evaluate the results of dispute settlement cases, since the cases are very complex, and often involve different judgments on different particular subjects or topics. Nevertheless, we can broadly state that, of the cases the European Union has brought, it has "won" 21 of 22, while, as to those brought against it, it has "won" or "not lost" 2. Of the cases that the EU has lost, several have been very prominent, raising important questions about compliance, and particularly important questions about the EU's willingness or capacity to comply with the results of the WTO dispute settlement system. Most notorious are the cases on bananas [3] and beef hormones [4]. It should be noted that other WTO members have also reacted to losses in a way to raise similar questions.

A list of the adopted (or completed) cases in which the EU has been complainant or respondent is provided in Appendix 2 of this work.

Apart from the broad overview just mentioned, there clearly are some very important legal questions about the relationship of the European Union to the WTO and its dispute settlement process. Perhaps the most prominent issue, and one that

has been a subject of important EU Court of Justice (ECJ) opinions, is the question regarding whether the WTO basic treaty texts (the Uruguay Round results), are "directly applicable" in European Union law. This is a very controversial issue, and there are differing opinions on it, although some of the European Union law experts are of the opinion that the gist of the ECJ cases is that the WTO basic texts are not directly applicable in European Union Law [5].

Partly related to the problem of direct applicability, one can also see that there is a problem in the legal effect of a WTO dispute settlement case on European Union law. That is a subject that would deserve a much longer treatment, and I will not be so brave as to undertake that question here [6].

With this brief overview, I now turn more particularly to the WTO, in its broader, more general aspect, which clearly has considerable importance to the EU/WTO relationship.

C. Importance of Institutions for Markets Policy Basis for a World Trade Organization

Economists generally, and more particularly, Nobel Prize winning economists over the past decades [7], have often stressed the importance of institutions in the functioning of markets. They assert that without an institutional framework, markets simply will not work. This framework can be comprised of various types of human institutions, such as practice, culture, particular bidding structures, etc. But legal rules are the most prominent of the institutional frameworks for markets. Thus, since legal rules almost always require governments, governments become central to effective and efficient markets (contrary to some statements by ideologically-oriented persons who think less government is always better).

The previous most important innovation of institutions regarding international economic relations was the development of the Bretton Woods institutions, starting with the 1944 Bretton Woods Conference, and running through the end of the 1940s. The 1944 Conference created the World Bank and the International Monetary Fund, and the negotiations for a similar organization for trade (the third leg of the tripod of Bretton Woods institutions) continued through 1948. However, as is commonly known, the potential International Trade Organization, or ITO (of the Havana Charter of March 1948) never came into effect, largely because of objections in the US Congress. However, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) was in place for some very special diplomatic and national constitutional reasons (particularly the structure of the United States Constitution and its authorities delegated to the President [8]). The GATT continued, therefore, to play a role that gradually became enhanced, as it filled the vacuum left by the failure of a trade organization to come into being. This role became increasingly important as decades wore on, but it also became clear, with the passage of time, that the GATT had substantial institutional defects [9] that made it harder and harder for it to cope with some of the new issues being thrust upon it.

Thus, in the Uruguay Round, which added several huge new subjects to the trade system competence (most notably Intellectual Property and Services), it was considered necessary to create a new organization, the World Trade Organization.

One of the lessons of this experience is the important contribution that was made by the institutional fathers of the Bretton Woods system (including "all three legs of the Bretton Woods stool"). Their basic objective was to prevent another world war of the catastrophic nature of World War II. In that respect, the system can claim success. Clearly, the institutions created have contributed to the prevention of a cataclysmic World War III. But one of the key questions is whether those institutions are still appropriate to the kinds of problems that are being faced by the world today, including financial crises, tendencies towards partitioning markets (both by nation state protectionism and excessive regionalism), the huge problem of poverty of billions of people worldwide, and (very much on our minds recently) the operation of terrorism, and how that affects market institutions.

D. The WTO as an Institution for the Enhancement of World Market Activity

There has been much discussion recently about the appropriate scope of WTO activity, or the dimensions of its "competence" [10]. Occasionally, people have said that the WTO has become overloaded and threatens to be further overloaded, and (ignoring the fact that overloading is mostly a function of lack of government will to provide the necessary resources) they sometimes advocate that the WTO return to its "central responsibility", which had been confined to border measures that limited trade. This view is a serious misunderstanding of the history of the GATT.

From the very beginning, the GATT text provided great attention to internal government measures affecting trade, as well as border measures. Article III, paragraph 4 is an extraordinarily broad and sweeping clause, requiring non-discriminatory treatment ("National Treatment") in the application of virtually all types of internal economic regulation, as affecting imports. In the early decades of the GATT, most negotiating attention was upon tariff reduction, and this process was extraordinarily successful. But by the 1970s, it became clear that tariffs were no longer the important policy issues for trade liberalization. There had been a substantial shift to "Non-tariff Barriers" (NTBs), partly as an alternative to the low tariffs sought (but GATT-restricted) by constituencies in order to limit competition, and thus give them greater shares of the producer surplus.

Therefore, it became clear that attention toward internal government measures would have to be increased. Thus, in the Tokyo Round, a great deal more attention was put upon non-tariff barrier measures, resulting in a series of side codes (partly because of the difficulty of amending the GATT) that addressed a variety of such non-tariff measures; including subsidies, customs valuation, product standards, government procurement, etc. [11]. Likewise, the Uruguay Round went considerably further in this regard, pulling together almost all of these side codes into a "single package" that became mandatory on all members of the WTO. This surely has been a very major step in the direction of providing the necessary institutional framework for markets to work. But it has not been without pain. Such attention to the internal regulatory activities of governments has caused its share of backlash. It has also induced some advocates (some of whom are clearly motivated by the desire to prevent competition and market forces from operating to their short term detriment) to object to further addition of subject matters underneath the WTO umbrella.

There may indeed be arguments why certain additional subjects should not be brought under the WTO umbrella, but those arguments are not reasonably based on an *a priori* notion that the GATT/WTO has certain "inherent limitations" to its appropriate competence. In fact, when you read the GATT and other Uruguay Round texts, including Article III, and when you consider the way the world's "globalized economy" has been developing, it becomes reasonably clear that virtually every economic regulatory subject regarding economic activity that crosses nation-state borders (and virtually all economic activity does) could logically be included in the WTO reach. There needs to be some kind of international cooperative institutional mechanism to address some of these regulatory problems in a way that nation states are increasingly unable to do successfully. Thus, logically, subjects such as competition policy, investment rules, labor standards, environmental standards, etc. could be subjects for the WTO competence.

But there are also reasons *not* to bring such subjects under the WTO umbrella; reasons that are not based on an *a priori,* rigid, taxonomic view of the WTO institution, but rely more on a pragmatic consideration of the resources and competence available in the WTO as an organization, and the limitations on those resources, as well as ideas about whether the "inside the Geneva beltway" mindset is capable, at least in the near term, of addressing some of the more complex, and possibly ambiguous, policies involved. In addition, of course, some of the subject matters, if brought under the WTO tent, could be utilized in a way that has little to do with the basic purposes of liberalizing trade while balancing other social policies. In short, there is a danger of the *misuse* of some of these subjects for protectionist reasons.

Indeed, some rethinking could be important for the questions of "single package" and "most favored nation". There are some issues that increasingly need to be addressed by an international institution of some sort. There is little pragmatic reason to require all 146 WTO Members to embrace rules for all subjects. Maybe half as many nations would provide more than 90% of the market activity relating to those subjects, and that half of the Membership would provide an important critical mass for a core group for addressing those issues, (as exemplified by Telecommunications [12] and Financial Services [13]). Maybe competition policy, investment, and the environment are other issues ripe for such consideration, and maybe some rethinking is necessary for the intellectual property area [14]. It is also the case that it may be necessary, particularly in the face of a too-rigid *consensus* approach to decision making or because of the risks of misuse of WTO power in certain circumstances, to go elsewhere to some other kinds of institutions, maybe some of which might be loosely affiliated with the WTO. In any event, there are many different kinds of institutional structures that could be considered, and attention is vitally needed to these broader, systemic issues of the world trading system.

Much of what I have written above also relates to the question of "sovereignty", which is a concept that is certainly much abused. Indeed, an outstanding academic who has written extensively on this subject has characterized this concept as "organized hypocrisy" [15]. Often, sovereignty is invoked for special interest pleading that has very little to do with the true issues of the institutional structure of international economic relations. Basically, it is my view that the real issue of "sovereignty" is the question

of allocation of decision-making authority. It is the question of whether a certain kind of decision should be made in Geneva, Washington DC, Sacramento, or Berkeley (or in the European context: in Geneva, Brussels, Berlin, at the *Länder* (state) level, or even at the city level). This is a subject for other discussions and writings [16], but it is important to recognize that sovereignty is vitally intertwined with the question of the institutional development of the WTO.

At this point, it is necessary to turn to the WTO dispute settlement system.

E. The WTO Dispute Settlement System

One of the more admired attributes of the GATT was its dispute settlement system and accompanying procedures. The original text of the GATT included very little about dispute settlement, but over more than thirty years of experience and trial and error, the GATT dispute settlement procedures developed into a remarkably sophisticated and quite effective system, which helped create a culture of compliance and implementation of the results of the findings of that system [17].

The new WTO dispute settlement system, essentially established in the "Dispute Settlement Understanding" (which is Annex 2 of the WTO Charter [18]) is a further progression of the GATT system towards "rule orientation" [19]. As indicated in Part C of this article, many thinkers about human institutions, especially as they relate to markets, realize the values of a rule orientation system. These values include :

1) a sense of fairness that the players or participants in the system can expect to be treated even-handedly, and relatively impartially, so that they will be operating on a "level playing field" of trade policy. Thus, developing and least developed countries have a chance for some redress of grievances that result from countries (even large, developed countries) departing wrongfully from the rules. Especially in an era of globalization and terrorist peril, such a sense of fairness is significant, partly as an antidote to "pure power exercise," or what has been termed "power-oriented diplomacy" rather than rule-oriented diplomacy ;
2) a second value recognized by many perceptive thinkers is that a rule-oriented system tends to reduce, at least moderately, the risks that entrepreneurs take and gives those entrepreneurs a higher degree of security, stability, and predictability. Another way of expressing this is that such a system reduces the "risk premium" of a variety of economic decisions, including investment decisions. A reduction in the risk premium means that the risk taker can accept a somewhat lower return on his investment or other decision, and in the aggregate, when this is a situation generally prevailing, this reduction in the risk premium is a reduction in transaction costs as well. Altogether, these factors would normally represent a substantial increase in the efficiency of economic activity, and thus, an increase in world welfare ;
3) however, the dispute settlement system faces a degree of unease from many of the "old hands" and experienced participants. It is clear that an effective dispute settlement system has certain impacts on "sovereignty." Nation states find themselves constrained as to what they may want to do with respect to their internal policies, because certain measures may be inconsistent with the international rules, and a dispute settlement system can so declare, making it

much more difficult for an errant nation state to take such inconsistent measures. Yet there is clearly a benefit to be obtained, as mentioned above, which can be considerably greater than the small inroads on sovereignty.

As businesses begin to accept the effectiveness of a rule-oriented system, and begin to take account of it in their strategic planning, it generally seems that such businesses see a value in the system, even though they may feel that they have less opportunity to affect their own nation's activities. The rules and the method of implementing those rules (such as a dispute settlement system) also have an impact on citizens, and this impact is growing as more and more issues of internal government regulation fall under the umbrella of the WTO system.

So far, the reform of the dispute settlement system represented by the new procedures of the WTO and the Uruguay Round text appear to be extraordinarily successful. As we have seen in Part B of this article, the WTO-DS system has resulted in 100 reports (as of April 2002) of the First Level Panels and Appellate Body. Overall, this jurisprudence is enormously rich. Yet, there are worries that the dispute settlement system is too secretive and lacks transparency. There are also worries that it is not open to participation of important players, including non-governmental entities. The "government-to-government" approach of the dispute settlement system is what particularly annoys some of the observers, although there are arguments to support that characteristic of the system. Sometimes diplomats find themselves as frustrated as national sovereigns in the parameters imposed upon them by the treaty texts as implemented by the dispute settlement system.

On the other hand, some of the smaller countries that are members of the WTO are finding great comfort in the more rigorous, impartial and rule-oriented dispute settlement procedures that have been introduced by the Uruguay Round text. Some of the least developed countries have found some measure of success in a few cases, even against very large and powerful trading members [20].

Furthermore, although there are a few notorious examples of non-compliance in relation to some of the adopted dispute settlement reports, on the whole there appears to be a very good record of compliance, including compliance by some of the most powerful nations who are utilizing the system [21]. In addition, many of the complaints brought are being settled or otherwise disposed, on bases that appear to be amicable, between the disputing parties. This is a good sign that the dispute settlement system is playing a more efficient role in providing for dispute settlement that is consistent with the overall rules.

The jurisprudence of the new system is mostly reflected by an amazing group of reports by the Appellate Body in approximately 48 reports of the finished cases. The Appellate Body has brought a sense of rigor and deep analysis that goes well beyond the jurisprudence that developed during the more than three decades of the GATT, and indeed, may go beyond the record of any international law tribunal known in history. In that jurisprudence, the Appellate Body divisions struggle with a variety of very difficult concepts about reconciling, on the one hand, the need for allowing nation states a "margin of appreciation" or a measure of "deference," so that they can go about their very difficult tasks of governing in a way that can support the lifestyle and welfare goals of their constituents. On the other hand, the Appellate

Body is struggling with the importance of rule integrity in the WTO system. In a case such as the *Shrimp-Turtle* case [22], one can almost visualize the furrowed brows of the Appellate Body Members as they struggle with difficult concepts, balancing important social policies that often pose dilemmas or trade-offs, and often arrive at language that is extraordinarily nuanced and delicate, sometimes discussed into late hours of the evening.

However, there are manifestations within the processes of the WTO that have resulted in strident criticism of the dispute settlement system, some of which criticism apparently indicates a lack of understanding of a rule-oriented system or the processes by which a judicial-type body needs to operate [23]. The procedures clearly need attention, and the final Ministerial conference of the Uruguay Round at Marrakech, Morocco in April 1994, decreed that there should be an overall review of the dispute settlement system within the first four years of its existence. Unfortunately, the members of the WTO have thus far been unable to achieve this review. Various countries have put forward lists of reforms that they would like to see implemented (or at least see discussed) and an amalgamation of such lists can easily number more than 200 items. Many of these items, however, are matters of relative "fine-tuning", yet there are also some broader, important reform issues for the dispute settlement system that need serious attention. One of the concerns that objective observers can have about the WTO is that the relative paralysis of the *non-dispute settlement* parts of the organization is also inhibiting the evolution and improvements that are needed by the dispute settlement system. There is discussion of the size and nature of the Appellate Body, for example : whether it should be constituted of full-time members rather than part-time, and whether it should be enlarged. There is also discussion of whether the First Level Panels, which are now appointed ad hoc from a variety of personnel (many of whom are officials of member governments, and thus are generally not paid for their extra services to the WTO dispute settlement system) should be reformed into a permanent roster-type arrangement, similar to that which the Appellate Body has. The European Union is playing a major role in these deliberations [24].

F. Developing Constitutional Problems

In some of these struggles, one can detect a certain ambivalence about the new dispute settlement procedures, even among the major powers, which were rather ardent proponents of the reforms developed in the Uruguay Round, but may now be back-tracking slightly because of some of the political troubles that specific dispute results have had for them.

To some extent, the problems mentioned above can be discussed as parts of a broader "power struggle" between the dispute settlement system and its officials on the one hand, and the diplomats and negotiators and their efforts, on the other hand. To the extent that the diplomatic/negotiation side of the WTO becomes increasingly unable to carry out its obligations (decisions and negotiation of new rules), there is a strong temptation by various actors within the system to take their problems to the dispute settlement system, and this, in turn, may be posing excessive burdens on the dispute settlement system, in the sense of causing the dispute settlement system to address issues and legal problems that are not particularly appropriately addressed

in a rule-applying, or judicial-type institution. Many of these issues really need to be solved by the negotiators, as part of a rule-making process, rather than a dispute settlement or judicial process [25].

One of the things that the failure of the Seattle Ministerial meeting of 1999 showed us, is that the world of the 1980s and 1990s is no longer the landscape that we have to deal with today. Part of this change is due to the very fast-moving technology that is influencing trade and every other aspect of society.

There are real concerns about the current decision-making structure. This structure developed in the Uruguay Round negotiations, when negotiations focused on a World Trade Organization, particularly in the fall of 1993, when major players worked hard to alter some of the previous drafts. While alterations were appropriate in many ways, one of the things that the negotiators did was to constrain and put checks and balances on the decision-making process. They did this by requiring decision by consensus and by super-majorities and through certain other procedures. Today we realize that those constraints can lead to a lack of effectiveness of the decision-making process. This is one of the issues and one of the dilemmas that we have before us and that requires more examination.

In addition, the WTO faces important (and valid) criticisms about its general lack of transparency and its hesitation (sometimes understandable) about relationships with non-state actors, such as non-governmental organizations (NGOs), business entities, and even some other intergovernmental organizations. Failure to address some of these criticisms will exacerbate the growing general antagonism to the WTO, the basic principles of liberal markets and enhanced trade, and over ten developing norms of "good governance".

G. Reflections & Perceptions

The European Union is currently the world's most advanced international and intergovernmental institution dealing with the intricacies of modern economics and issues of globalization. It is also one of the three or four most powerful trading entities in the WTO. As such, the EU diplomatic insight and its general experience with norms for intergovernmental economic activity puts it in a unique position to constructively influence the needed reforms and new rules potentially developing in the WTO, whether during the Doha round of trade negotiations or otherwise. This responsibility is a challenge and opportunity for the EU. Of course, it must be joined by the other WTO "heavyweights", and the broader constituencies of the WTO, particularly emerging and developing economies. But the particular responsibility of the EU is one it cannot avoid without seriously damaging the desperately needed efficient function of the WTO as the institution that is essential for the effective operation of the global market.

Notes

[1] This article is partly adapted from the keynote lecture delivered by Professor J. H. Jackson at the ceremony for the inauguration of the Advisory Centre for WTO Law, held in Geneva at the WTO, on October 5, 2001, and from articles by this author in recent issue of the *Journal of International Economic Law* (*JIEL*). Interested readers may also wish to look at : John H. Jackson, *The Jurisprudence of the GATT and the WTO : Insights on Treaty Law and Economic Relations*, New York, Cambridge University Press, 2000 ; M. Bronckers, Q. Reinhard, ed., *New Directions in International Economic Law : Essays in Honour of Professor John H. Jackson*, The Hague, Kluwer Law International, September 2000 ; J. H. Jackson, *The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations*, 2d ed., Cambridge, MIT Press, 1997.

[2] J. H. Jackson, J.-V. Louis, M. Matsushita, *Implementing the Tokyo Round : National Constitutions and International Economic Rules*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1984.

[3] Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas,* WT/DS27/AB/R, adopted Sept. 25, 1997.

[4] Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products (Hormones),* WT/DS26 & 48/AB/R, adopted Feb. 13, 1998.

[5] See P. Eeckhout, "Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections", *JIEL*, 5, 2002 ; A. Rosas, "Implementation and enforcement of WTO dispute settlement findings : an EU perspective", *JIEL*, 4, March 2001, p. 131-144 ; S. Griller, "Judicial enforceability of WTO law in the European Union. Annotation to Case C-149/96, Portugal v. Council", *JIEL*, 3, September 2000, p. 441-472 ; T. Cottier, S. Krista, "The relationship between World Trade Organization law, national and regional law", *JIEL*, 1, 1998, p. 83-122 ; N. van den Broek, "Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy : The European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order", *JIEL*, 4, June 2001, p. 411-440.

[6] See generally G. A. Zonnekeyn, "The Status of WTO Law in the EC Legal Order", *JWT*, 34/3, 2000, p. 111 ; G. A. Zonnekeyn, "The Status of Adopted Panel and Appellate Body Reports in the European Court of Justice and the European Court of First Instance", *JWT*, 34/2, 2000, p. 93 ; S. Griller, *op. cit.*, 2000, p. 441 ; K. J. Kuilwijk, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma : Public Interest versus Individual Rights ?*, Beuningen, The Netherlands, Nexed Editions, 1996.

[7] See D. C. North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 ; R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, 1988.

[8] See J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1969.

[9] See, e.g. J. H. Jackson, *The World Trading System*, *op. cit*. ; J. H. Jackson, *The Jurisprudence of the GATT and the WTO op. cit*. ; J. H. Jackson, *The World Trade Organization : Constitution and Jurisprudence*, Chatham House Papers, London, Royal Institute of International Affairs, 1998.

[10] See, e.g. "Symposium — The Boundaries of the WTO", *AJIL*, 96, January 2002. One article in this symposium is J. H. Jackson, "Afterword : The Linkage Problem – Comments on Five Texts", p. 118-125.

[11] J. H. Jackson, *The World Trading System*, *op. cit*.

[12] See generally General Agreement on Trade in Services, April 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, Legal Texts – Results of the

Uruguay Round, 33 I.L.M. 44 ; Fourth Protocol to the GATS on Basic Telecommunications, Apr. 30, 1996.

[13] See *ibid*. Second Protocol to the GATS on Financial Services, July 21, 1995 ; Fifth Protocol to the GATS on Financial Services, November 14, 1997.

[14] See J. H. Reichman, "Book Review. Taking the Medicine, with Angst : An Economist's View of the TRIPS Agreement by Keith E. Maskus", *JIEL*, 4, December 2001, p. 795-807 ; WTO Ministerial Conference — *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health,* WT/MIN(01)/DEC/2, adopted 14 Nov. 2001.

[15] S. D. Krasner, *Sovereignty : Organized Hypocrisy*. Princeton, NJ, Princeton University Press, 1999.

[16] See J. H. Jackson, "The Great 1994 Sovereignty Debate : United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results", *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1997, p. 157-188 and J. H. Jackson, "Sovereignty, Subsidiarity, and the Separation of Powers : The High Wire Balancing Act of Globalization", *Conference Proceedings* — University of Minnesota Law School, Conference to Honor Professor Robert E. Hudec, September 2000, Forthcoming, Cambridge University Press.

[17] See J. H. Jackson, *The World Trading System*, *op. cit*., Ch. 4 ; R. E. Hudec, *Enforcing International Trade Law : The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, N. H., Butterworth Legal Publishers, 1993.

[18] The phrase "WTO Charter" refers to the Agreement Establishing the World Trade Organization.

[19] See, e.g., J. H. Jackson, *The World Trading System*, *op. cit*., at p. 109 ; J. H. Jackson, *The World Trade Organization*, *op. cit*., at Chapter 4.

[20] E.g. Appellate Body Report, *US – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear,* WT/DS24/AB/R, adopted Feb. 25, 1997 (*Costa Rica v. United States*).

[21] J. H. Jackson, "The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism", in *Brookings Trade Forum 2000*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2001, p. 179-220.

[22] Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products,* WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, par. 121. And *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia,* WT/DS58/AB/RW, adopted 22 October 2001.

[23] Appellate Body Report, EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products, WT/DS135/AB/R, adopted 12 March 2001, par. 51-52 ; General Council – Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000, WT/GC/M/60, <http://docsonline.wto.org> (visited on April 11, 2002) ; G. C. Umbricht, "An "Amicus Curiae Brief" on Amicus Curiae Briefs at the WTO", *JIEL*, 4, December 2001, p. 773-794.

[24] WTO Dispute Settlement Body Special Session – *Contribution of the European Communities and its Member States to the improvement of the WTO Dispute Settlement Understanding,* TN/DS/W/1, adopted 13 March 2002.

[25] J. H. Jackson, "Dispute Settlement and the WTO : Emerging Problems", *JIEL*, 1, 1998, p. 329-351.

Appendix 1
WTO Disputes : Complainants versus Defendants, by Development Level (as of March 26, 2002)

Complainants \ *Defendants*		*Developed Countries (DCs)*						*Non-developing Countries (NDCs)*						*Total*	*Share*
		US	*EC*	*Canada*	*Japan*	*Others*	*Sub-total*	*Type A*	*Type B*	*Type C*	*Type D*	*LLDCs*	*Sub-total*		
Developed Countries	US		24	3	6	4	37	14	12	3			29	66	26.29%
	EC	23		3	6		32	7	13	4			24	56	22.31%
	Canada	7	6		1	1	15	2	1				3	18	7.17%
	Japan	6		1			7	1	2				3	10	3.98%
	Others	2	1	1		1	5	1	3	1			5	10	3.98%
	Sub-total	34	31	8	12	6	91	25	31	8	0	0	64	160	63.75%
Non-developed Countries	Type A	10	6	3			19	2	6	8			16	35	13.94%
	Type B	7	4				11	3	7	6			16	27	10.76%
	Type C	5	4				9	2	2	6	1		11	20	7.97%
	Type D		1				1				1		1	2	0.80%
	LLDCs						0						0	0	0.00%
	Sub-total	20	14	3	0	0	35	7	15	20	2	0	44	84	33.47%
Co-complainants	DCs & LDCs	2	3				5		1				1	6	2.39%
	LDCs	1					1						0	1	0.40%
Total		63	49	11	13	6	142	32	47	28	2	0	109	251	100%
Share		25.10%	19.52%	4.38%	5.18%	2.39%	56.57%	12.75%	18.73%	11.16%	0.80%	0.00%	43.43%	100%	

[1] See the Agreement Establishing the Advisory Centre on WTO Law, Annex 1 ("Advisory Center Agreement") (December 1, 1999), <http://itd.org/links/acwlintro.htm> (site visited on April 18, 2002). The classification of developing countries (LDCs) or non-developed countries is based on the Advisory Centre Agreement. Non-developed countries, except least-developed countries (LLDCs), are divided into four categories according to their world trade share : Type A (above 0.8 %), Type B (0.4-0.8 %), Type C (0.05 %-0.4 %), and Type D (below 0.05%) ; Park, Young Duk and Marion Panizzon, "WTO Dispute Settlement 1995-2001 : A Statistical Analysis", *JIEL*, 1, 2002, p. 1-24.

Appendix 2

Table 1
Cases Brought Against the EU and Adjudicated in a Panel or Appellate Body Report (as of April 15, 2002)

No of Cases	*No of Adopted Reports*	*Case Name*	*DS Number*	*Panel*	*AB*	*EU Won/Lost*	*Adoption Date/Status*
1	1	EC – Bananas	DS 27	√	√	Lost	Sep 25, 1997
2	2	EC – Computer Equipment	DS 62	√	√	Won	Jun 22, 1998
3	3	EC – Hormones	DS 26	√	√	Lost	Feb 13, 1998
4	4	EC – Bed Linen (AB)	DS 141	√	√	Lost	Mar 12, 2001
5	5	EC – Bananas, Article 21.5/ Ecuador	DS 27	√		Lost	May 06, 1999
6	6	EC – Asbestos / Canada	DS 135	√	√	Won	Apr 05, 2001
7	7	EC – Poultry /	DS 69	√	√	Lost	Jul 23, 1998

The EU has been respondent in 7 cases adjudicated in panel or Appellate Body Reports. Of these 7 complaints the EU won 2 or 29 %, and lost 5 or 71 %

Table 2

Cases Brought by the EU and Adjudicated in a Panel or Appellate Body Report (as of April 15, 2002)

No of Cases [1]	*No of Adopted Reports*	*Case Name*	*DS No*	*Panel*	*AB*	*EU Won/ Lost*	*Adoption Date/Status*
1	1	US – 1916 Act	DS136	Y	Y	Won	26-Sep-00
2	2	US – Certain EC Products	DS165	Y	Y	Won	10-Jan-01
3	3	US – Copyright	DS160	Y	Y	Won	27-Jul-00
4	4	US – FSC, Article 21.5	DS108	Y	Y	Won	29-Jan-02
5	5	US – FSC	DS108	Y	Y	Won	20-Mar-00
6	6	US – Lead Bars	DS138	Y	Y	Won	7-Jun-00
7	7	US – Section 211 (“Havana Club”)	DS176	Y	Y	Won	1-Feb-02
8	8	US – Section 301	DS152	Y		Lost	27-Jan-00
9	9	US – Wheat Gluten Safeguards	DS166	Y	Y	Won	19-Jan-01
10	10	Argentina – Floor Tiles AD Measures	DS189	Y		Won	5-Nov-01
11	11	Argentina –- Bovine Hides	DS155	Y		Won	16-Feb-01
12	12	Canada – Automotive Industry	DS142	Y	Y	Won	19-Jun-00
13	13	Canada – Pharmaceutical Patents	DS114	Y		Won	7-Apr-00
14	14	Argentina – Footwear Safeguards	DS121	Y	Y	Won	12-Jan-00
15	15	Korea – Dairy Safeguards	DS98	Y	Y	Won	12-Jan-00
16	16	Chile – Alcoholic Beverages	DS 87	Y	Y	Won	12-Jan-00
17			DS110	Y	Y	Won	12-Jan-00
18	17	Korea – Alcoholic Beverages	DS75	Y	Y	Won	17-Feb-99
19	18	India – Patents	DS79	Y		Won	2-Sep-98
20	19	Indonesia – Automobiles	DS 54	Y		Won	23-Jul-98
21	20	Japan – Alcoholic Beverages	DS 8	Y	Y	Won	1-Nov-96
22	21	India – Automotive Sector	DS146	Y	*	Won	5-Apr-02

The EU has been complainant in 22 cases adjudicated in panel or Appellate Body adopted reports. Of these 22 cases the EU won 21 or 96 %, and lost 1 or 4 %. Also, 5 of these 22 cases have not been appealed and 1 of the 17 appealed cases was withdrawn at the appellate level by the appellant.

The number of cases adjudicated is deduced from the number of complaints (based on the Dispute Settlement Numbers) that have made it to adopted reports. The number of cases does not coincide with the number of reports because two cases were jointly solved in the same adopted report (DS 87 and DS 110).

Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents

Christine KADDOUS *

La question du statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire soulève le problème plus général des rapports entre le droit international et le droit interne. Cette question, discutée depuis longtemps en doctrine, voit traditionnellement deux conceptions théoriques s'opposer : le dualisme et le monisme. Selon la doctrine dualiste, l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne représentent deux ordres juridiques distincts, séparés, entre lesquels il ne peut exister de conflit direct. Les tenants de cette thèse considèrent que la pénétration d'une règle internationale dans l'ordre juridique interne exige un acte spécial (théorie de la transformation ou de l'adoption). La transformation de la règle internationale en une loi interne a pour effet de mettre l'accord au rang d'une loi. Selon la doctrine moniste, le droit international et le droit interne ne font qu'un (conception unitaire du droit) et la conclusion d'un accord a pour conséquence que l'accord fait partie intégrante, dès son entrée en vigueur de l'ordre juridique interne. Le monisme, qui admet généralement la primauté du droit international sur le droit interne, est une doctrine pragmatique et ouverte sur le droit international, alors que le dualisme met l'accent sur les principes de souveraineté et de suprématie du législatif sur les organes exécutif et judiciaire.

Les Etats sont en principe libres de régir « comme ils l'entendent » les rapports entre le droit international et le droit interne. Les règles générales du droit international public fixent cependant des principes qui ordonnent ces rapports : ce sont les articles 26 (*pacta sunt servanda*) et 27 (non-opposabilité du droit interne au droit international en vigueur) de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités [1].

Les accords internationaux ne contiennent en général pas de dispositions réglant leur application et leurs effets dans le droit national. Les traités UE et CE n'indiquent pas non plus si et comment un accord international pénètre l'ordre juridique communautaire. Ils ne contiennent pas de disposition sur la reconnaissance,

les effets ou le rang des accords internationaux. Le statut des accords dans l'ordre juridique communautaire, et celui des accords OMC est déterminé en large partie par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

La présente contribution est consacrée à l'analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice relative aux accords OMC et aux modifications possibles et souhaitables de cette jurisprudence en vue d'assurer une prise en compte de l'évolution des relations commerciales internationales. Cette jurisprudence est très importante parce qu'elle constitue le noyau dur des relations entre le droit de l'OMC et le droit communautaire. Il s'agit aussi d'une matière qui a alimenté les réflexions de ce grand professeur et juriste qu'est Jean-Victor Louis, et qu'il a su faire partager à des générations d'étudiants.

Nous distinguerons cinq thèmes principaux : le statut à proprement parler du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire (A), l'invocabilité des règles de l'OMC par les particuliers (B), le contrôle de compatibilité d'actes des institutions communautaires au regard du droit de l'OMC (C), le principe de l'interprétation conforme (D), et la responsabilité éventuelle de la Communauté européenne pour violation des règles de l'OMC (E). Nous terminerons nos réflexions par une conclusion (F).

A. Le statut à proprement parler du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire

Au moment de la création de la Communauté économique européenne, les pays fondateurs étaient tous parties contractantes du GATT. Chronologiquement, le GATT précède le traité CEE. Il rentre donc dans la catégorie des accords mentionnés à l'article 234 du traité CE (devenu article 307 CE). Normalement, ces accords ne peuvent en tant que tels, lier la Communauté. Mais le GATT a eu un statut particulier. En effet, la Cour de justice a affirmé, dans l'arrêt *International Fruit* de 1972 [2], que la Communauté européenne est liée par le GATT par l'effet d'une substitution. La Communauté s'est substituée aux Etats membres en ce qui concerne l'exécution des engagements prévus par l'accord général. Cette substitution n'a pas eu effet à la date d'entrée en vigueur du traité CEE, mais plus tard au 1er juillet 1968, date de la mise en vigueur du tarif douanier commun [3]. Ainsi, par cette construction jurisprudentielle, la Communauté a été considérée comme liée par le GATT, mais également par d'autres textes adoptés dans le cadre de l'accord général, tel que le code antidumping, pris pour la mise en œuvre de l'article VI du GATT [4].

Aujourd'hui, la question de la substitution de la Communauté à ses Etats membres dans le cadre de leurs engagements en vertu du GATT a perdu de sa signification, dans la mesure où la Communauté européenne est membre originel de l'OMC en vertu de l'article XI de l'accord instituant l'OMC, et que cet accord englobe le GATT.

Les accords OMC ont été conclus en tant qu'accords mixtes, à savoir conjointement par la Communauté européenne et ses Etats membres [5]. Selon la Cour de justice, les accords mixtes ont le même statut, dans l'ordre juridique communautaire, que les accords purement communautaires, à tout le moins s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de la Communauté [6]. Cela signifie principalement deux choses : l'application de l'article 300 par. 7 CE, selon lequel les accords conclus selon

les conditions fixées dans cette disposition lient les institutions de la Communauté et les Etats membres, d'une part, et, d'autre part, la prise en considération de la jurisprudence *Haegeman*, selon laquelle les accords conclus par la Communauté font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire dès leur entrée en vigueur [7].

B. Invocabilité des règles de l'OMC par les particuliers

La question de l'effet direct des règles du GATT et de l'OMC a fait couler beaucoup d'encre et la doctrine est divisée [8]. La jurisprudence de la Cour de justice est abondante en la matière [9].

En 1972 déjà, la Cour de justice a été invitée, dans l'arrêt *International Fruit* [10], à dire si l'examen de la validité des actes pris par les institutions de la Communauté vise également, au sens de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), leur validité au regard du GATT. Dans le cadre de cet examen, elle a déterminé d'une part, si la Communauté est liée par le GATT, et d'autre part, si le GATT est de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice. La Cour a admis que la Communauté est liée par cet accord, et a examiné «l'esprit, l'économie et les termes» de l'accord général. Elle a constaté que le GATT, fondé sur le principe de négociations entreprises sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, est caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes. Pour la Cour, ces éléments ont suffi à montrer que, placé dans un tel contexte, la disposition invoquée du GATT n'était pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, le droit de s'en prévaloir en justice [11]. Depuis cet arrêt-clé, le raisonnement de la Cour est resté inchangé [12]. En effet, dans les deux derniers arrêts rendus à propos du GATT de 1947, les arrêts *Allemagne c. Conseil* de 1994 [13] et *Chiquita* de 1995 [14], la Cour a repris plus de vingt ans après *International Fruit*, les mêmes arguments concernant les particularités du GATT qui font apparaître que ses règles sont dépourvues de caractère inconditionnel et que l'obligation de leur reconnaître valeur de règles de droit international immédiatement applicables dans les ordres juridiques internes des parties contractantes ne peut pas être fondée sur l'esprit, l'économie ou les termes de l'accord [15]. La jurisprudence de la Cour de justice a donc refusé, de manière générale, de reconnaître un effet direct aux règles du GATT dans l'ordre juridique communautaire.

Qu'en est-il des règles de l'OMC ? La question qui s'est posée était celle de savoir si les changements qui avaient accompagné le passage du GATT de 1947 à l'OMC sont de nature à conduire, sur la question de l'effet direct, à la même solution ou à une solution différente. Il s'agissait d'apprécier si les caractéristiques attribuées au système du GATT dans son ensemble et dont on a déduit l'absence d'effet direct, à savoir souplesse des dispositions et mécanisme de règlement des différends à mailles trop larges et de type négocié, pouvaient être considérées comme dépassées dans le cadre de l'OMC [16].

Il n'en est rien. La Cour de justice a, dans l'arrêt *Portugal c. Conseil* de 1999 [17], considéré que la situation n'avait pas fondamentalement changé avec l'OMC. S'il est vrai que les accords OMC comportent des différences notables par rapport aux

dispositions du GATT de 1947, notamment en raison du renforcement du régime de sauvegarde et du mécanisme de règlement des différends, le système, selon la Cour, n'en réserve pas moins une place importante à la négociation entre les parties [18]. Le retrait de mesures illégales est certes la solution préconisée par le droit de l'OMC, mais celui-ci autorise également la mise en œuvre d'autres solutions, telles que la transaction, le paiement de dommages et intérêts ou la suspension de concessions [19].

La Cour a affirmé que les accords OMC, interprétés à la lumière de leur objet et de leur but, ne déterminent pas les moyens de droit propres à assurer leur exécution de bonne foi dans l'ordre juridique interne des parties contractantes [20]. Elle a relevé que, aux termes de son préambule, l'accord instituant l'OMC, y compris ses annexes, reste fondé, comme l'était le GATT de 1947, sur le principe de négociations entreprises sur une « base de réciprocité et d'avantages mutuels » et se distingue ainsi, pour ce qui concerne la Communauté, des accords conclus par celle-ci avec des pays tiers qui instaurent une certaine asymétrie des obligations ou créent des relations spéciales d'intégration avec la Communauté, tel que l'accord dont l'interprétation fit l'objet de l'arrêt *Kupferberg* [21].

Elle a affirmé que certaines des parties contractantes, qui sont du point de vue commercial, parmi les partenaires les plus importants de la Communauté, ont tiré à la lumière de l'objet et du but des accords OMC la conséquence que ceux-ci ne figurent pas parmi les normes au regard desquelles leurs organes juridictionnels contrôlent la légalité de leurs règles de droit internes. Elle a souligné que l'absence de réciprocité de la part des partenaires commerciaux de la Communauté risquerait d'aboutir à un déséquilibre dans l'application des règles de l'OMC.

Un autre élément important pris en compte par la Cour a trait à l'argumentation, selon laquelle admettre que la tâche d'assurer la conformité du droit communautaire avec les règles de l'OMC incombe directement au juge communautaire reviendrait à priver les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent les organes similaires des partenaires commerciaux de la Communauté [22].

De l'ensemble de ces considérations, la Cour a constaté que, compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes des institutions communautaires. Cette interprétation correspond par ailleurs à l'énoncé du dernier considérant du préambule de la décision 94/800 du Conseil relative à la conclusion au nom de la Communauté des accords OMC [23].

Depuis, la Cour a également eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'invocabilité de l'accord TRIPs. Dans l'arrêt *Dior* de 2000 [24], elle a, pour les mêmes raisons que celles exposées dans l'arrêt *Portugal c. Conseil*, considéré que les dispositions de l'accord TRIPs ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire. Toutefois, cela ne l'a pas empêché, d'interpréter les règles contenues dans cet accord [25]. Cette jurisprudence, reprise notamment dans l'arrêt *Schieving* de 2001 [26], peut se résumer de la manière suivante : s'agissant d'un domaine auquel le TRIPs s'applique et dans lequel la Communauté a déjà légiféré (comme c'est le cas de celui de la marque), les autorités judiciaires des Etats membres sont tenues en vertu

du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 du TRIPs [27]. Alors que s'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des Etats membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un Etat membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50 par. 6 du TRIPs ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office [28].

Les arrêts *Dior* et *Schieving* sont importants à deux égards. Ils permettent à la Cour de justice de confirmer que l'interprétation d'un accord mixte dans son ensemble relève de sa compétence en raison de la nécessité d'interprétation uniforme, mais en même temps de soumettre cette nécessité au respect de la répartition intracommunautaire des compétences. Cela signifie notamment que seul le juge national sera compétent pour se prononcer sur la question de l'effet direct de l'article 50 du TRIPs lorsque celui-ci s'applique dans un domaine relevant de la compétence des Etats membres.

Plus récemment, la Cour s'est également prononcée sur la question de l'effet direct des articles I et XIII du GATT de 1994. Elle a considéré, dans l'ordonnance *OGT* de mai 2001 [29] et dans deux arrêts de juillet 2001 – *Banatrading* [30] et *T. Port* [31] –, que les dispositions en cause du GATT de 1994 ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant une juridiction nationale. En novembre 2001, la Cour a affirmé, dans l'arrêt *Pays-Bas c. Conseil* [32], que l'accord sur les sauvegardes ne figure pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires.

Il ressort de la jurisprudence que la Cour a adopté une attitude différente vis-à-vis du GATT et de l'OMC, d'une part, et vis-à-vis des autres accords liant la Communauté européenne, d'autre part. Les accords GATT et OMC sont les seuls accords auxquels elle a refusé de reconnaître un effet direct et la jurisprudence ne fait pas ressortir clairement la différence entre les accords internationaux qui sont à même de produire un effet direct [33] et les accords GATT et OMC. Ce manque de clarté nous amène à nous interroger sur les fondements de cette différence. Un élément de réponse, qui n'était pas indiqué dans la jurisprudence relative au GATT, mais qui est maintenant expressément mentionné par la Cour depuis l'arrêt *Portugal c. Conseil* de 1999 et qui est important dans la pesée des intérêts, réside dans des considérations d'ordre économique et politique [34]. La question de l'effet direct des règles de l'OMC est, politiquement et économiquement, sensible du fait que les partenaires les plus importants de la Communauté, et en particulier les Etats-Unis [35], ont écarté la possibilité de reconnaître un tel effet à ces règles. Cette situation rend plus difficile un changement sur le plan communautaire, car celui-ci pourrait être perçu au niveau politique comme un renversement de l'équilibre délicat existant sur le plan international [36]. L'argument du principe de réciprocité démontre bien que la question de l'effet direct dans un système multilatéral ne peut plus être entièrement laissé aux

Etats membres et qu'il y a peut-être lieu de penser à développer des solutions entre les principaux partenaires commerciaux, telles que celle prévue à l'article XX de l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 [37].

C. Contrôle de compatibilité des actes des institutions communautaires au regard du droit de l'OMC

En refusant de reconnaître l'effet direct des dispositions du GATT et de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire, la Cour de justice a fortement limité la portée du principe, selon lequel la Communauté européenne est liée par les règles de ces accords. Elle a cependant laissé ouverte la possibilité pour des particuliers d'avoir recours aux dispositions du GATT et de l'OMC, mais à des conditions bien précises.

La Cour de justice a développé une jurisprudence restrictive sur le contrôle de la légalité d'un acte communautaire au regard des règles du GATT et de l'OMC. Cette jurisprudence, développée dans les arrêts *Fediol* de 1989 [38] *et Nakajima* de 1991 [39], est résumée dans l'arrêt *Allemagne c. Conseil* de 1994 [40], puis reprise pour la première fois, en ce qui concerne les accords OMC, dans l'arrêt *Portugal c. Conseil* de 1999 [41].

Après avoir affirmé que compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes des institutions communautaires [42], la Cour mentionne les deux exceptions : « ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC, qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire au regard des règles de l'OMC » [43].

Ces deux hypothèses, mentionnées par la Cour de justice, dans lesquels le contrôle de compatibilité semble possible, peuvent donner certains espoirs quant à l'effet des dispositions du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire. Cependant, leur application ne semble pas aisée.

S'agissant de l'hypothèse, dans laquelle la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, il n'est pas toujours évident de reconnaître les cas où la Communauté a eu l'intention d'exécuter une telle obligation. Il devrait en principe s'agir des cas où certaines obligations du droit de l'OMC nécessitent l'intervention d'un acte d'exécution de la part de la Communauté pour pouvoir lier les institutions communautaires. Cette hypothèse revêt une importance particulière puisque les accords OMC ont été transposés. L'accord antidumping a par exemple été transposé par le règlement 384/96, l'accord anti-subvention par le règlement 3285/94 et l'accord sur les marchés publics a nécessité la modification des directives travaux, fournitures et services, sans parler des incidences en droit communautaire et national des accords GATS et TRIPs.

La question se pose de savoir s'il faut une référence explicite pour appliquer la jurisprudence *Nakajima* [44]. Nous avons tendance à répondre par la négative car il est, en principe, possible, même en l'absence d'une mention expresse, de déterminer objectivement si l'acte communautaire constitue l'application d'une norme internationale. Sinon, il serait trop simple pour les institutions communautaires de

s'affranchir de tout contrôle de légalité en omettant toute référence au fait qu'elles transposent une obligation internationale.

La seconde hypothèse de contrôle de la compatibilité d'un acte communautaire au regard des règles de l'OMC semble, à première vue, plus simple, car il suffirait d'avoir une référence expresse à une disposition des accords OMC dans l'acte communautaire en cause. Or, on peut se demander si une simple référence aux obligations internationales suffit ou s'il faut un engagement clair de la Communauté qu'elle se conformera à ses obligations internationales [45].

On voit bien que la difficulté réside dans le fait de savoir quand ces conditions sont véritablement remplies, ce qui risque de poser de sérieuses questions d'interprétation [46]. Si l'on opte pour une interprétation extensive de la jurisprudence de la Cour, on peut admettre que chaque fois que le Conseil fait référence, et il le fait souvent, dans la législation communautaire aux obligations internationales découlant des accords OMC, on pourrait supposer qu'il souhaite être lié par ce texte. Il en irait de même lorsqu'il ressort de la législation que la matière en cause relève du droit de l'OMC. Or, il semblerait que ce ne soit pas ce que la Cour a eu à l'esprit [47]. Ce serait pourtant la position qui donnerait le plus d'efficacité aux règles de l'OMC.

Dans l'arrêt *Allemagne c. Conseil* de 1994, la jurisprudence *Fediol* n'a pas trouvé à s'appliquer s'agissant du règlement 404/93 portant organisation commune du marché de la banane même si le troisième considérant du préambule indiquait que l'organisation devrait être mise en place dans le respect des règles internationales. Il n'était pas permis de déduire, selon la position implicite de la Cour, que le législateur voulait donner exécution à une règle du GATT, l'incorporant de ce fait dans la base juridique en tant que critère du contrôle de la légalité du règlement. A la lumière de cet arrêt, il apparaît qu'une référence générale à des règles internationales non définies ne pourrait pas suffire à déclencher la possibilité d'un contrôle de la légalité des actes communautaires au regard desdites règles.

L'arrêt *Portugal c. Conseil* de 1999 a permis à la Cour de souligner que la décision d'approuver la signature des accords textiles négociés par la Communauté avec le Pakistan et l'Inde ne visait pas à assurer l'exécution dans l'ordre juridique communautaire d'une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC et qu'elle ne renvoyait pas non plus expressément à des dispositions précises des accords OMC [48].

Dans l'arrêt *Pays-Bas c. Conseil* de 2001 [49], il s'agissait d'un recours en annulation du règlement 1036/97 instaurant des mesures de sauvegarde à l'importation de riz originaire des pays et territoires d'outre-mer [50], notamment pour violation de l'article 7 par. 5 de l'accord sur les sauvegardes. La Cour a considéré que le règlement en cause ne visait pas à assurer l'exécution dans l'ordre juridique communautaire d'une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC et qu'il ne renvoyait pas non plus expressément à des dispositions précises des accords OMC. Il n'avait pour objet, selon la Cour, que d'instaurer, en application de l'article 109 de la décision PTOM [51], des mesures de sauvegarde à l'importation de riz originaire des PTOM afin d'éliminer les perturbations graves sur le marché communautaire du riz ou le risque de telles perturbations [52].

A l'occasion de deux recours en indemnité dirigés contre le Conseil, les arrêts *Biret International SA* et *Etablissements Biret* de 2002 [53], les requérantes ont invoqué à l'appui de leur demande le fait que les directives d'interdiction d'importation dans la Communauté de viande bovine traitée avec certaines hormones violaient les accords OMC. Elles considéraient notamment que le juge communautaire devait être en mesure de tirer les conséquences d'une violation des obligations internationales contractées par la Communauté [54]. Le Tribunal ne les a pas suivies. Il a constaté que les circonstances de ces deux affaires ne correspondaient à aucune des hypothèses *Nakajima* ou *Fediol*. Les directives avaient été adoptées avant l'entrée en vigueur de l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS), le 1er janvier 1995, et ne pouvaient logiquement ni donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de cet accord, ni renvoyer expressément à certaines de ses dispositions. Dès lors, les requérantes n'étaient pas fondées à se prévaloir d'une violation de l'accord SPS [55] et la décision de l'organe de règlement des différends du 13 février 1998 n'était pas susceptible de remettre en cause cette appréciation [56].

Enfin, c'est en janvier 2003, dans l'arrêt *Petrotub* SA [56*bis*], que la Cour a, pour la première fois, fait application de la jurisprudence *Fediol*. Dans cette affaire en pourvoi, était en cause le règlement 384/96 du Conseil, du 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non-membres de la Communauté européenne [56*ter*]. La Cour a souligné qu'il ressort de ce règlement, et plus précisément de son cinquième considérant, qu'il a notamment pour objet de transposer dans le droit communautaire, dans toute la mesure possible, les règles nouvelles et détaillées contenues dans le code antidumping de 1994. Elle a, en l'occurrence, admis que la Communauté a adopté ce règlement pour satisfaire à ses obligations internationales découlant du code antidumping de 1994 et qu'elle a entendu ainsi donner exécution aux obligations particulières que comporte ledit code. C'est dans ces conditions que la Cour s'est déclarée compétente pour contrôler la légalité de l'acte communautaire au regard du code antidumping [56*quater*]. Cet arrêt constitue le premier cas d'application de la jurisprudence *Fediol* et le reflet d'une certaine efficacité des règles de l'OMC.

De manière générale, l'examen de la jurisprudence révèle que la Cour de justice part de l'idée qu'un examen de compatibilité d'un acte de droit dérivé avec un accord international ne peut en principe avoir lieu qu'à condition que la disposition de l'accord en cause déploie un effet direct [57]. Cette approche ne saurait convaincre [58], car la question de savoir si un acte de droit dérivé est compatible avec un accord international doit être clairement distinguée de celle de l'effet direct de la disposition en question. Comme la question de la légalité d'un acte de droit dérivé revêt un caractère objectif, un contrôle juridictionnel doit en principe être possible également dans les cas où l'effet direct n'est pas reconnu. Ces réflexions valent aussi bien dans le cadre du recours en annulation que dans celui du renvoi préjudiciel. En effet, dans cette dernière hypothèse, il n'est pas nécessaire de vérifier si la partie qui invoque un moyen de validité a « intérêt » à le faire. La recevabilité d'une question préjudicielle ne dépend pas de droits de particuliers, mais de la pertinence de la question posée par la juridiction nationale.

La Cour de justice démontre par le biais de sa jurisprudence son souci de protéger l'ordre juridique communautaire de contestations judiciaires portant sur la compatibilité d'actes de droit dérivé au regard du droit de l'OMC. Deux exceptions au principe de la non-invocabilité des accords OMC ont été admises, mais elles sont appliquées de manière très restrictive par la Cour.

Il est par ailleurs regrettable que la Cour n'ait pas fait la différence, dans les affaires *Allemagne c. Conseil*, *Portugal c. Conseil*, *Pays-Bas c. Conseil*, entre les recours en annulation des Etats membres et ceux des personnes physiques ou morales. Les Etats membres sont des « requérants privilégiés » en ce sens qu'ils ont toujours qualité pour agir en annulation, alors que les personnes physiques et morales doivent démontrer qu'elles sont directement et individuellement concernées. Cela signifie qu'en principe, les Etats membres devraient pouvoir agir non seulement pour défendre leurs intérêts, mais également pour veiller à la légalité du droit communautaire. Il y a lieu de se demander dans ce contexte si l'article 230 CE n'est pas le principal instrument dont disposent les Etats membres pour se défendre contre les actes juridiques des institutions communautaires contraires au droit international. Toute limitation du droit de recours des Etats membres perturbe l'équilibre institutionnel au sein de l'Union européenne, car l'article 230 CE a une fonction constitutionnelle dans un système de *checks and balances* intra-communautaire.

D. Principe de l'interprétation conforme

L'absence de reconnaissance de l'effet direct des dispositions des accords OMC ne signifie pas pour autant que ce droit n'a aucune incidence dans l'ordre juridique communautaire. Le principe de l'interprétation des textes de droit communautaire dérivé conformément au droit international a été, à plusieurs reprises, affirmé par la Cour de justice. C'est dans l'arrêt *Fediol* de 1989 que pour la première fois des dispositions du GATT (articles III, XI et XXIII) ont été interprétées en faisant application de la théorie de l'interprétation conforme [59].

L'expression la plus générale de cette approche a été développée dans l'arrêt *Commission c. Allemagne* de 1996 [60], dans lequel la Cour a souligné que « la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords » [61].

Dans l'arrêt *Hermès* de 1998 [62], la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si une mesure urgente nationale relève de la notion des « mesures provisoires » au sens de l'article 50 par. 6 du TRIPs. Malgré les réticences exprimées par plusieurs Etats membres sur la base de l'*avis 1/94*, la Cour s'est considérée compétente pour interpréter l'article 50 par. 6 du TRIPs et a jugé que celui-ci exige que les autorités judiciaires nationales soient habilitées à ordonner l'adoption de mesures provisoires pour protéger les intérêts des détenteurs de droits de marque. Les mesures provisoires sont définies par le droit national de l'Etat membre concerné, lequel doit néanmoins être interprété à la lumière du texte et de la finalité de l'accord TRIPs [63]. C'est ainsi que la Cour a appliqué la théorie de l'interprétation conforme en rapport avec les accords OMC.

L'arrêt *Dior* de 2000 [64] a, quant à lui, permis à la Cour d'apporter des précisions importantes quant à l'interprétation de l'accord TRIPs. S'agissant d'un domaine auquel cet accord s'applique et dans lequel la Communauté a déjà légiféré, les autorités judiciaires des Etats membres sont tenues en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits relevant d'un tel domaine, de le faire dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de l'article 50 de l'accord TRIPs. Cette approche a été confirmée dans l'arrêt *Schieving* de 2001 [65].

L'arrêt *Petrotub SA* de 2003 a permis à la Cour de rappeler que les textes communautaires doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque de tels textes visent à mettre en œuvre un accord international conclu par la Communauté [65*bis*].

L'obligation d'interprétation conforme du droit communautaire et du droit national à la lumière du texte et de la finalité des accords OMC assure une certaine efficacité à ces derniers. Cette obligation permet en effet d'opter pour l'interprétation qui prend le mieux en compte le contenu de la règle de droit international servant de référence.

En définitive, le principe de l'interprétation conforme peut être considéré comme un palliatif à l'absence d'effet direct, même s'il trouve des limites à son application, puisque la possibilité d'interprétation conforme n'est ouverte que tant qu'il n'y a pas de conflit patent entre la norme à interpréter et les accords OMC. Cette jurisprudence reflète l'« ouverture » de la Communauté et de la Cour sur le droit international.

E. Responsabilité éventuelle de la Communauté européenne pour violation des règles de l'OMC ?

L'article 235 CE, en relation avec l'article 288 al. 2 CE, fonde le régime de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Selon ces dispositions, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. Il ressort d'une jurisprudence constante que l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté et la mise en œuvre du droit à la réparation du préjudice subi dépendent de la réunion d'un ensemble de trois conditions : l'illégalité du comportement reproché aux institutions communautaires ; la réalité du dommage ; et l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice invoqué [66]. La condition de l'illégalité du comportement nous intéresse ici au premier chef : cette illégalité peut-elle consister en la violation des règles de l'OMC par l'une des institutions communautaires ?

En 2001, le Tribunal de première instance a rejeté les recours en responsabilité introduits par trois importateurs allemands de fruits et légumes à l'encontre de la Commission. Les demandeurs – *T. Port*, *Bocchi* et *Cordis* [67] – avaient subi des pertes financières du fait des restrictions découlant du régime communautaire des importations de bananes. Ils invoquaient entre autres que la Commission avait engagé sa responsabilité extracontractuelle en refusant d'exécuter les dernières décisions OMC qui avaient condamné le régime communautaire des importations de bananes. Selon les requérants, le refus d'exécution emportait nécessairement l'illégalité du

régime en cause également du point de vue du droit communautaire, ce qui ouvrait un droit à réparation en vertu de l'article 288 CE [68].

Après avoir rappelé la jurisprudence constante relative aux conditions de l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté [69], le Tribunal a fait référence à l'arrêt *Bergaderm* de 2000 [70], dans lequel la Cour a jugé qu'un droit à réparation présuppose que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers et que la violation d'une telle règle soit suffisamment caractérisée. Or, s'agissant de la première condition, le Tribunal a affirmé que selon la jurisprudence communautaire, l'accord OMC et ses annexes ne visent pas à conférer des droits aux particuliers dont ils pourraient se prévaloir en justice [71]. Il a repris les attendus-clé de l'arrêt *Portugal c. Conseil* de 1999 [72] pour constater finalement que les règles de l'OMC n'ont pas, en principe, pour objet de conférer des droits pour les particuliers, et que leur violation éventuelle n'est pas susceptible d'engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté [73].

Les requérants ont toutefois soutenu que leur recours était fondé sur une nouvelle catégorie de « détournement de pouvoir », constitué par le fait que la Commission a adopté un règlement méconnaissant une décision déclarant le système communautaire incompatible avec les règles de l'OMC [74]. Le Tribunal a rejeté cette argumentation [75]. Il a notamment relevé quant à l'argument selon lequel la Communauté aurait commis un détournement de pouvoir en adoptant un règlement comportant des infractions aux règles de l'OMC ou en maintenant des infractions déjà constatées, alors qu'elle s'était engagée à respecter ces règles, que ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, ou dans le cas où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords inclus dans les annexes de l'accord OMC, qu'il appartient à la Cour et au Tribunal de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles de l'OMC [76].

Or, selon le Tribunal, ni les rapports du groupe spécial de l'OMC du 22 mai 1997, ni le rapport du 9 septembre 1997 de l'organe d'appel permanent de l'OMC, adopté le 25 septembre 1997 par l'organe de règlement des différends, ne contenaient des obligations particulières auxquelles la Commission, dans le règlement communautaire, aurait « entendu donner exécution » au sens de la jurisprudence. De même, celui-ci ne renvoie pas expressément à des obligations précises découlant des rapports des organes de l'OMC, ni à des dispositions précises des accords inclus dans les annexes de l'accord OMC [77].

Deux autres recours en indemnité ont été rejetés par le Tribunal en 2001 [78]. Il s'agissait de demandes en réparation du préjudice que les requérantes – *T. Port* et *Banatrading* – auraient subi du fait que le Conseil a institué, dans le cadre de son règlement 404/93, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, des dispositions prétendument contraires aux articles I par. 1 et XIII du GATT de 1994. Après avoir rappelé la jurisprudence sur les conditions du contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires au regard des règles de l'OMC, le Tribunal a considéré que les recours ne sauraient se fonder sur la prétendue violation de ces articles [79].

Dans l'arrêt *Biret International SA* de 2002 [80], la demande d'indemnisation visait la réparation du préjudice prétendument subi par la requérante du fait de l'interdiction d'importation dans la Communauté de viande bovine traitée avec certaines hormones et dans l'arrêt *Etablissements Biret* de 2002 [81], le recours avait pour objet la réparation du préjudice prétendument subi par la requérante du fait de la mise en liquidation judiciaire de sa filiale Biret International SA à la suite de l'interdiction d'importation dans la Communauté de viande bovine traitée avec certaines hormones. Les requérantes ont invoqué que les directives en cause violaient les accords OMC, et plus particulièrement l'accord SPS, ainsi que l'avait d'ailleurs reconnu l'organe de règlement des différends au sein de l'OMC et que le juge communautaire devait, selon elles, être en mesure de tirer les conséquences d'une telle violation des obligations internationales contractées par la Communauté [82].

Le Tribunal a fait référence à la jurisprudence maintenant fermement établie, selon laquelle les accords OMC ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci pourraient se prévaloir en justice et que leur violation éventuelle n'est donc pas susceptible d'engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté [83]. Il a en outre relevé que les accords OMC ont pour objet le règlement et la gestion des relations entre Etats ou organisations régionales d'intégration économique, et non pas la protection des particuliers [84]. Dans le cadre de l'examen des conditions de contrôle de la légalité des actes communautaires, le Tribunal a constaté que les circonstances de ces deux affaires ne correspondaient à aucune des hypothèses *Nakajima* ou *Fediol*. Les directives en cause ayant été adoptées avant l'entrée en vigueur de l'accord SPS, le 1er janvier 1995, elles ne pouvaient logiquement ni donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de cet accord, ni renvoyer expressément à certaines de ses dispositions. Dès lors, les requérantes n'étaient pas fondées à se prévaloir d'une violation de l'accord SPS [85] et la décision de l'organe de règlement des différends du 13 février 1998 n'était pas susceptible de remettre en cause cette appréciation [86]. Pour le Tribunal, cette décision est nécessairement et directement liée au moyen tiré de la violation de l'accord SPS, et ne saurait donc être prise en considération que dans l'hypothèse où l'effet direct de cet accord aurait été consacré par le juge communautaire dans le cadre d'un moyen tiré de l'invalidité des directives en cause. Dans ces conditions, le moyen tiré de la violation de l'accord SPS a été rejeté comme non fondé [87], sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté.

Il ressort de la jurisprudence que les exceptions *Nakajima* et *Fediol* sont interprétées de manière restrictive et que le Tribunal ne prend pas en compte les rapports des groupes spéciaux et ceux de l'organe d'appel, alors que les règles de l'OMC, dans leur ensemble, lient la Communauté et font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire.

Pour qu'un plein effet puisse être donné à de tels rapports, les accords OMC devraient être considérés comme déployant un effet direct pour les dispositions qui s'y prêtent. Il convient cependant de tenir compte des différences objectives existant entre le GATT, le GATS et le TRIPs, dans l'analyse de leur « esprit, système général et termes » afin de déterminer s'ils peuvent ou non déployer un effet direct [88]. En

l'absence d'une telle reconnaissance, les décisions des groupes spéciaux et celles de l'organe d'appel ne pourront être prises en considération que dans les hypothèses des arrêts *Nakajima* et *Fediol* – cas de l'« effet indirect » des règles de l'OMC [89]. Parallèlement, tant et aussi longtemps que les accords OMC ne seront pas considérés de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci pourraient se prévaloir en justice, leur violation éventuelle ne sera pas susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté en dehors des cas d'application de ces mêmes exceptions.

F. Conclusion

La relation entre le droit de l'OMC et le droit communautaire n'est pas simple, car elle dépend non seulement de considérations juridiques, mais également et surtout de considérations économiques et politiques. La jurisprudence de la Cour prend en compte la pratique des partenaires commerciaux les plus importants de la Communauté et veille à ne pas priver les organes législatifs ou exécutifs communautaires de la marge de manœuvre dont jouissent les organes similaires de ces mêmes partenaires.

La jurisprudence actuelle reflète la volonté de la Cour de défendre l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et son souci de protéger cet ordre contre d'éventuelles contestations judiciaires portant sur la compatibilité d'actes de droit dérivé au regard du droit de l'OMC. La position de la Cour est critiquée. Les considérations qu'elle a développées concernant le refus de reconnaître l'effet direct des accords OMC valent aussi bien pour les plaintes des particuliers que pour celles des Etats membres contre les institutions communautaires. Cette approche est surprenante, car la Cour ne procède pas à la distinction usuelle qu'elle effectue entre les recours en annulation des Etats membres et ceux des personnes physiques ou morales.

La question de l'effet direct devrait, somme toute, être étrangère à la question de la légalité des actes communautaires au regard du droit international. En effet, les accords OMC sont les seuls accords auxquels la Cour de justice refuse l'effet direct. Cet état de fait met un point d'interrogation sur la relation moniste entre le droit international et le droit communautaire. La reconnaissance d'un effet direct aux dispositions des accords OMC qui s'y prêtent rendrait la jurisprudence de la Cour de justice plus cohérente et plus soucieuse d'une application effective du droit international. La Cour de justice, institution judiciaire, se doit d'agir en tant que garante du droit – y compris le droit international économique – et cela dans l'intérêt bien compris de la Communauté, de ses Etats membres et, *last but not least*, de leurs justiciables.

Notes

* L'auteur remercie Madame Rute Vicente pour son appui dans la mise au point du manuscrit.

[1] Recueil des traités des Nations unies, vol. 1155, p. 331.

[2] Arrêt du 12 décembre 1972, aff. jtes 21-24/72, *International Fruit Company*, *Rec.*, 1972, p. 1219 ; arrêt du 24 octobre 1973, aff. 9/73, *Schlüter*, *Rec.*, 1973, p. 1135 ; arrêt du 19 novembre 1975, aff. 38/75, *Nederlandse*, *Rec.*, 1975, p. 1439 ; arrêt du 16 mars 1983, aff. 266/81, *SIOT*, *Rec.*, 1983, p. 731 ; arrêt du 16 mars 1983, aff. jtes 267 à 269/81, *SPI et SAMI*, *Rec.*, 1983, p. 801.

[3] Arrêt du 16 mars 1983, aff. jtes 267 à 269/81, *SPI et SAMI*, *Rec.*, 1983, p. 801 ; arrêt du 16 mars 1983, aff. jtes 290 et 291/81, *Singer et Geigy*, *Rec.*, 1983, p. 847.

[4] Arrêt du 7 mai 1991, aff. C-69/89, *Nakajima*, *Rec.*, 1991, p. I-2069.

[5] Avis 1/94 du 15 novembre 1994, *Rec.*, 1994, p. I-5267. Voy. à ce propos notamment, D. Simon, « La compétence de la Communauté pour conclure l'accord OMC : l'avis 1/94 de la Cour de justice », *Europe*, décembre 1994, p. 1-3 ; J. H. J. Bourgeois, « L'Avis de la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'Uruguay Round : un avis mitigé », *RMUE*, 1994, p. 11-24 ; J. Dutheil de la Rochère, « L'ère des compétences partagées. A propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *RMCUE*, 1995, p. 461-470 ; J. H. J. Bourgeois, « The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94 : An Echternach Procession », *CML Rev.*, 1995, p. 763-787 ; M. Hilf, « The ECJ's 1/94 Opinion on the WTO – No Surprise, but Wise ? », *EJIL*, 1995, p. 245-259.

[6] Arrêt du 30 avril 1974, aff. 181/73, *Haegeman*, *Rec.*, 1974, p. 449 ; arrêt du 5 février 1976, aff. 87/75, *Bresciani*, *Rec.*, 1976, p. 129 ; arrêt du 30 septembre 1987, aff. 12/86, *Demirel*, *Rec.*, 1987, p. 3719.

[7] Arrêt du 30 avril 1974, aff. 181/73, *Haegeman*, *Rec.*, 1974, p. 449, par. 5.

[8] La doctrine sur l'effet direct des règles du GATT et de l'OMC est importante : U. Everling, « Das Recht in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen der EG », *in* M. Hilf, E.U. Petersmann (ed.), *GATT und Europäische Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1986, p. 175-202, p. 190 et s. ; C. D. Ehlermann, « Die innergemeinschaftliche Anwendung der Regeln des GATT in der Praxis der EG », *in* M. Hilf, E.U. Petersmann (ed.), *op. cit*., p. 203-223, p. 215 et s. ; M. Hahn, G. Schuster, « Zum Verstoss von gemeinschaftlichem Sekundärrecht gegen das GATT. Die gemeinsame Marktorganisation für Bananen vor dem EuGH », *EuR*, 1993, p. 261-281 ; N. Neuwahl, « Individuals and the GATT : Direct Effect and Indirect Effects of the General Agreement on Tariffs and Trade in Community Law », *in* N. Emiliou, D. O'Keeffe (ed.), *The European Union and World Trade Law*, Chichester, John Wiley & Sons, 1996, p. 313-328 ; K. J. Kuilwijk, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma : Public Interest versus Individual Rights*, La Haye, Nexed Editions Academic Publishers, 1996 ; P. Lee, B. Kennedy, « The Potential Direct Effect of GATT 1994 in European Community Law », *JWT*, 1996, p. 67-89 ; E.U. Petersmann, « Darf die EG das Völkerrecht ignorieren ? », *EuZW*, 1997, p. 325-331 ; J. Sack, « Von der Geschlossenheit und den Spannungsfeldern in einer Weltordnung des Rechts », *EuZW*, 1997, p. 650-651 ; P. Eeckhout, « The Domestic Legal Status of The WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems », *CML Rev*., 1997, p. 11-58 ; M. Hilf, « The Role of National Courts in International Trade Relations », *Mich J Int' L*., 1997, p. 321 ; M. Hilf, *Internationales Wirtschaftsrecht und nationale Gerichte*, Bonn, 1998, p. 19 et s. ; J. O. Berkey, « The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT : A Question Worth Revisiting », *EJIL*, 1998, p. 626-657 ; T. Cottier, « Dispute Settlement in the World Trade Organization : Characteristics and Structural Implications for the European Union », *CML Rev*. 1998, p. 325-378 ; G. A. Zonnekeyn, « The Status of WTO Law in the EC Legal Order : The Final Curtain », *JWT*, 2000, p. 111-126 ; J. H. J. Bourgeois, « The European Court of Justice and the WTO : Problems and Challenges », *in* J.H.H. Weiler (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford University Press, 2001, p. 71-123 ; J. M. Prinssen, A. Schrauwen (ed.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2002.

[9] Arrêt du 12 décembre 1972, aff. jtes 21-24/72, *International Fruit Company*, *Rec.*, 1972, p. 1219, cons. 21 et s. ; arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-280/93, *Allemagne c. Conseil*, *Rec.*, 1994, p. I-4973 ; arrêt du 12 décembre 1995, aff. C-469/93, *Chiquita Italia*, *Rec.*, 1995, p. I-4533, par. 25 ; arrêt du 17 juillet 1997, aff. C-183/95, *Affish BV*, *Rec.*, 1997, p. I-4315 ; arrêt du 16 juin 1998, aff. C-53/96, *Hermès International*, *Rec.*, 1998, p. I-3603 ; arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commission*, *Rec*., 2001, p. II-943 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-913 ; arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-2/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. II-2093 ; arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-3/99, *Banatrading GmbH c. Conseil*, *Rec*., 2001, p. II-2123 ; arrêt du 11 janvier 2002, aff. T-210/00, *Etablissements Biret c. Conseil*, *Rec.*, 2002, p. II-47 ; arrêt du 11 janvier 2002, aff. T-174/00, *Biret International SA c. Conseil*, *Rec.*, 2002, p. II-17 ; arrêt du 12 mars 2002, aff. jtes C-27/00 et C-122/00, *Omega*, *Rec.*, 2002, p. I-2569, arrêt du 6 mars 2003, aff. T-56/00, *Dole Fresh Fruit International Ltd c. Conseil et Commission*, non encore publié au *Recueil.*

[10] Arrêt du 12 décembre 1972, aff. jtes 21 à 24/72, *International Fruit Company*, *Rec.*, 1972, p. 1219.

[11] Même arrêt, par. 20, 21 et 27.

[12] Arrêt du 24 octobre 1973, aff. 9/73, *Schlüter*, *Rec.*, 1973, p. 1135 ; arrêt du 16 mars 1983, aff. 266/81, *SIOT*, *Rec.*, 1983, p. 731 ; arrêt du 16 mars 1983, aff. jtes 267 à 269/81, *SPI et SAMI*, *Rec.*, 1983, p. 801.

[13] Arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-280/93, *Allemagne c. Conseil*, *Rec.*, 1994, p. I-4973.

[14] Arrêt du 12 décembre 1995, aff. C-469/93, *Chiquita Italia*, *Rec.*, 1995, p. I- 4533.

[15] Arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-280/93, *Allemagne c. Conseil*, *Rec.*, 1994, p. I-4973, par. 110.

[16] Voy. les conclusions des avocats généraux Cosmas et Elmer qui ont exprimé l'avis, selon lequel la situation n'avait pas changé (arrêt du 10 décembre 1996, aff. jtes C-183/95, *Affish*, *Rec*., 1997, p. I-4315, p. I-4353, par. 118 à 128 et du 24 juin 1997, aff. C-364/95 et C-365/95, *T. Port*, *Rec*., 1998, p. I-1023, p. I-1032, par. 27 à 30) et celles de l'avocat général Tesauro qui était d'avis contraire (affaire présentée le 13 novembre 1997, aff. C-53/96, *Hermès International*, *Rec.*, 1998, p. I-3603, par. 28).

[17] Arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395.

[18] Même arrêt, par. 36.

[19] Même arrêt, par. 37 à 39 ; voir l'argumentation synthétique de la Cour dans l'arrêt du 12 mars 2002, aff. jtes C-27/00 et C-122/00, *Omega*, *Rec.*, 2002, p. I-2569, par. 89.

[20] Arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, par. 41.

[21] Arrêt du 26 octobre 1982, aff. 104/81, *Kupferberg*, *Rec.*, 1982, p. 3641 ; arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, par. 42.

[22] Arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, par. 46.

[23] Décision 94/800 du Conseil du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *JOCE*, n° L 336, 23 décembre 1994, p. 1. Cette décision prévoit que « par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des Etats membres ».

[24] Arrêt du 14 décembre 2000, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, *Dior*, *Rec.*, 2000, p. I-11307.

[25] Même arrêt, par. 44. Voy. notamment J. Heliskoski, « Joined Cases C-300/98, Parfums Christian Dior SA v. Tuk Consultancy BV, and C-392/98, Assco Gerüste GmbH and R. van Dijk v. Wilhelm Layher GmbH & Co KG and Layher BV, judgment of 14 December 2000 », *CML Rev*., 2002, p. 159-174.

[26] Arrêt du 13 septembre 2001, aff. C-89/99, *Schieving*, *Rec.*, 2001, p. I-5851, par. 53.

[27] Arrêt du 14 décembre 2000, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, *Dior*, *Rec.*, 2000, p. I-11307, par. 47 et 49 ; arrêt du 13 septembre 2001, aff. C-89/99, *Schieving*, *Rec.*, 2001, p. I-5851, par. 53 à 55. Sur le principe de l'interprétation conforme, voy. nos commentaires *infra* sous point D.

[28] Arrêt du 14 décembre 2000, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, *Dior*, *Rec.*, 2000, p. I-11307, par. 48 et 49 ; arrêt du 13 septembre 2001, aff. C-89/99, *Schieving*, *Rec.*, 2001, p. I-5851, par. 53 à 55.

[29] Ordonnance du 2 mai 2001, aff. C-307/99, *OGT*, *Rec.*, 2001, p. I-3159, par. 26 à 31.

[30] Arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-3/99, *Banatrading GmbH c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. II-2123.

[31] Arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-2/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. II-2093.

[32] Arrêt du 22 novembre 2001, aff. C-301/97, *Pays-Bas c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-8853, par. 53 à 57.

[33] Pour l'effet direct des accords de libre échange, voy. notamment l'arrêt du 9 février 1982, aff. 270/80, *Polydor*, *Rec.*, 1982, p. 329 et l'arrêt du 26 octobre 1982, aff. 104/81, *Kupferberg*, *Rec.*, 1982, p. 3641. Pour l'accord d'association avec la Turquie, voy. notamment l'arrêt du 30 septembre 1987, aff. 12/86, *Demirel*, *Rec.*, 1987, p. 3719. Pour les conventions ACP, voir notamment l'arrêt du 5 février 1976, aff. 87/75, *Bresciani*, *Rec.*, 1976, p. 129 et l'arrêt du 12 décembre 1995, aff. C-469/93, *Chiquita Italia*, *Rec.*, 1995, p. I-4533. Pour l'accord d'association avec Chypre, voy. notamment l'arrêt du 5 juillet 1994, aff. C-432/92, *Anastasiou*, *Rec.*, 1994, p. I-3087. Pour les accords de coopération avec le Maroc et l'Algérie, voy. notamment l'arrêt du 31 janvier 1991, aff. C-18/90, *Kziber*, *Rec.*, 1995, p. I-221 et l'arrêt du 5 avril 1995, aff. C-103/94, *Krid*, *Rec.*, 1995, p. I-719. Pour l'accord EEE, voy. notamment l'arrêt du 22 janvier 1997, aff. T-115/94, *Opel Austria*, *Rec.*, 1997, p. II-39. Pour l'accord d'association avec la Pologne, voy. notamment l'arrêt du 27 septembre 2001, aff. C-63/99, *Gloszczuk*, *Rec*., 2001, p. I-6369.

[34] Arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, par. 40 et 43 à 466. Voy. notamment H. Tagaras, « L'effet direct des accords internationaux de la Communauté », *CDE*, 1984, p. 15-53, spéc. p. 51 ; A. Becker-çelik, « Ist die Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit der GATT-Vorschriften durch den EuGH heute noch gerechtfertigt ? », *EWS*, 1997, p. 12-16, spéc. p. 15. Pour d'autres éléments de réponse, voy. Ch. Kaddous, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bâle, Genève, Munich, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 1998, p. 389-402.

[35] Voy. la section 102(a) et (b)(2) de l'acte concernant les accords de l'Uruguay Round, cité par P. Eeckhout, *PL*, 103-465. Il y a lieu cependant de relever que quelques cours américaines ont par le passé admis l'effet direct de certaines dispositions du GATT, voy. R. Hudec, *The Legal Status of GATT in the Domestic Law of the United States*, cité par E.U. Petersmann, « International and European Foreign Trade Law : GATT Dispute Settlement Proceedings against the EEC », *CML Rev.*, 1985, p. 441-487.

[36] Dans ce sens, voy. aussi P. Eeckhout, « The Domestic Legal Status of The WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems », *CML Rev.*, 1997, p. 11-58.

[37] L'article XX, 2 de l'accord sur les marchés publics prévoit que : « Chaque Partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de prétendues violations de l'accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt ».

[38] Arrêt du 22 juin 1989, aff. 70/87, *Fediol c. Commission*, *Rec.*, 1989, p. 1781. Dans cet arrêt, il s'agissait d'une action en annulation contre une décision de la Commission rejetant la plainte de Fediol tendant à ouvrir une procédure d'examen à l'encontre de pratiques commerciales de l'Argentine en matière d'exportation de tourteaux de soja vers la Communauté. Fediol a invoqué que les pratiques de l'Argentine sont contraires aux articles III, XI et XXIII GATT.

[39] Arrêt du 7 mai 1991, aff. C-69/89, *Nakajima, Rec.*, 1991, p. I-2069. Dans cet arrêt, la requérante n'a pas invoqué l'effet direct des dispositions du code antidumping. Elle a mis en cause, de manière incidente, conformément à l'article 241 CE, la validité du règlement de base 2423/88 du Conseil, du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la CE, en invoquant la violation du traité ou de toute règle relative à son application. Le recours avait pour objet l'inapplicabilité à son égard, en vertu de l'article 241 CE, de différentes dispositions du règlement 2423/88 du Conseil. Nakajima a fait valoir que le règlement viole le code antidumping du GATT.

[40] Arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-280/93, *Allemagne c. Conseil*, *Rec.*, 1994, p. I-4973, par. 110 et 111.

[41] Arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, par. 49.

[42] Même arrêt, par. 47. Voy. aussi l'arrêt du 9 octobre 2001, aff. C-377/98, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-7079, par. 52 ; arrêt du 22 novembre 2001, aff. C-301/97, *Pays-Bas c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-8853, par. 53 ; arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-2/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. II-2093, par. 52 ; arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-3/99, *Banatrading GmbH c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. II-2123, par. 43 ; arrêt du 9 octobre 2001, aff. C-377/98, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-7079, par. 52.

[43] Arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, par. 49 ; arrêt du 22 novembre 2001, aff. C-301/97, *Pays-Bas c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-8853, par. 54 ; arrêt du 9 janvier 2003, aff. C-76/00 P, *Petrotub SA et Republica SA c. Conseil*, non encore publié au *Recueil*.

[44] Arrêt du 7 mai 1991, aff. C-69/89, *Nakajima, Rec.*, 1991, p. I-2069.

[45] Dans ce sens, voy. F. Castillo de la Torre, « The Status of GATT in EC Law, Revisited. The Consequences of the Judgment on the Banana Import Regime for the Enforcement of the Uruguay Round Agreements », *JWT*, 1995, p. 53-68, spéc. p. 61-62. Cet auteur relève un paradoxe : une mesure communautaire qui met en œuvre une disposition du GATT pourra être revue juridiquement par la Cour, alors que des mesures adoptées plus tard, qui pourraient être en conflit avec les dispositions du GATT ne pourront pas être examinées par la Cour du fait de l'absence de toute référence au texte international.

[46] M. Dony, « L'affaire des bananes », *CDE*, 1995, p. 461-496, spéc. p. 490.

[47] K. J. Kuilwijk, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma. Public Interest versus Individual Rights ?*, La Haye, Nexed Editions Academic Publishers, 1996, p. 176.

[48] Arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, par. 51.

[49] Arrêt du 22 novembre 2001, aff. C-301/97, *Pays-Bas c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-8853.

[50] *JOCE*, n° L 151, 10 juin 1997, p. 8.

[51] Décision 91/482 du Conseil, du 25 juillet 1991, relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté économique européenne, *JOCE*, n° L 263, 19 septembre 1991, p. 1.

[52] Arrêt du 22 novembre 2001, aff. C-301/97, *Pays-Bas c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-8853, par. 55.

[53] Arrêt du 11 janvier 2002, aff. T-174/00, *Biret International SA c. Conseil*, *Rec.*, 2002, p. II-17 ; arrêt du 11 janvier 2002, aff. T-210/00, *Etablissements Biret c. Conseil*, *Rec.*, 2002, p. II-47.

[54] Arrêt *Biret International SA*, par. 57 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 64.

[55] Arrêt *Biret International SA*, par. 64 et 65 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 74 et 75.

[56] Arrêt *Biret International SA*, par. 66 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 76. Sur le statut des décisions de l'organe de règlement des différends dans l'ordre juridique communautaire, voy. nos commentaires *infra* sous point E.

[56*bis*] Arrêt du 9 janvier 2003, aff. C-76/00 P, *Petrotub SA et Republica SA c. Conseil*, non encore publié au *Recueil*.

[56*ter*] JOCE, n° L 56, 6 mars 1996, p. 1.

[56*quater*] Arrêt du 9 janvier 2003, aff. C-76/00 P, *Petrotub SA et Republica SA c. Conseil*, non encore publié au *Recueil*, par. 55 et 56.

[57] Arrêt du 5 octobre 1994, aff. C-280/93, *Allemagne c. Conseil*, *Rec.*, 1994, I-4973 ; arrêt du 12 décembre 1995, aff. C-469/93, *Chiquita Italia*, *Rec.*, 1995, p. I-4533 ; arrêt du 16 juin 1996, aff. C-162/96, *Racke*, *Rec.*, 1996, p. I-3655.

[58] Voy. également dans ce sens A. Ott, *GATT und WTO im Gemeinschaftsrecht*, Heymann, Köln, 1997, p. 254 et s. ; M. Hahn, G. Schuster, « L'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne », *RGDIP*, 1995, p. 367-384, p. 371 et s.

[59] Arrêt du 22 juin 1989, aff. 70/87, *Fediol c. Commission*, *Rec.*, 1989, p. 1781, par. 25-42. Voy. aussi ultérieurement l'arrêt du 17 octobre 1995, aff. C-70/94, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH*, *Rec.*, 1995, p. I-3189, et l'arrêt du 17 octobre 1995, aff. C-83/94, *Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, *Rec.*, 1995, I-3231, par. 23 et 24 ; arrêt du 14 juillet 1998, aff. C-341/95, *Bettati, Rec.*, 1998 p. I-4355 ; arrêt du 9 janvier 2003, aff. C-76/00 P, *Petrotub SA et Republica SA c. Conseil*, non encore publié au *Recueil*. Dans notre contexte, voy. Ph. Manin, « A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *RTDE*, 1997, p. 399-428, spéc. p. 412 et s. ; M. Hilf, *Internationales Wirtschaftsrecht und nationale Gerichte*, Bonn, 1998, p. 27 s.

[60] Arrêt du 10 septembre 1996, aff. C-61/94, *Commission c. Allemagne*, *Rec.*, 1996, I-3989, par. 52. Sur l'obligation d'interpréter les accords de libre-échange et les conventions de l'AELE de manière conforme au GATT, voy. T. Cottier, « Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration (Eine Untersuchung aus schweizerischer Sicht) », *ZSR/RDS*, 1990, Beiheft 10, p. 139-185, spéc. p. 168 ; N. Neuwahl, « Individuals and the GATT : Direct Effect and Indirect Effects of the General Agreement on Tariffs and Trade in Community Law », *in* N. Emiliou, D.O'Keeffe (ed.), *op. cit.*, p. 313-328, spéc. p. 326.

[61] Cet arrêt est également important pour avoir clairement constaté le rang des accords internationaux au sein de la hiérarchie des normes du droit communautaire.

[62] Arrêt du 16 juin 1998, aff. C-53/96, *Hermès International*, *Rec.*, 1998, p. I-3603.

[63] Même arrêt, par. 28. Il est également intéressant de relever que la Cour a considéré, dans cet arrêt, que le problème de l'invocabilité des accords OMC ne se posait pas parce qu'il était question d'un renvoi en interprétation d'une disposition nationale par rapport au TRIPs et non de l'appréciation de validité d'un acte communautaire.

[64] Arrêt du 14 décembre 2000, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, *Dior*, *Rec.*, 2000, p. I-11307, par. 47.

[65] Arrêt du 13 septembre 2001, aff. C-89/99, *Schieving*, *Rec.*, 2001, p. I-5851, par. 54.

[65*bis*] Arrêt du 9 janvier 2003, aff. C-76/00 P, *Petrotub SA et Republica SA c. Conseil,* non encore publié au *Recueil*.

[66] Voir notamment l'arrêt du 29 septembre 1982, aff. 26/81, *Oleifici mediterranei c. CEE*, *Rec.*, 1982, p. 3057, par. 16 ; arrêt du 8 avril 1992, aff. C-55/90, *Cato c. Commission*, *Rec.*, 1992, p. I-2533, par. 18 ; arrêt du 29 janvier 1998, aff. T-113/96, *Dubois et Fils c. Conseil et Commission*, *Rec.*, 1998, p. II-125, par. 54.

[67] Arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commission*, *Rec*., 2001, p. II-943 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-913.

[68] Pour des commentaires de ces arrêts, voy. notamment S. Peers, « WTO Dispute Settlement and Community Law », *ELR*, 2001, p. 605-615 ; M. Bronckers, « La jurisprudence des juridictions communautaires relatives à l'OMC demande réparation : plaidoyer pour les droits des Etats membres », Editorial, *CDE*, 2001, p. 3-14.

[69] Arrêt du 20 mars 2001, aff. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commission*, *Rec*., 2001, p. II-943, par. 49 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981, par. 44 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-913, par. 44.

[70] Arrêt du 4 juillet 2000, aff. C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c. Commission*, *Rec.*, 2000, p. I-5291, par. 41 et 42.

[71] Arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981, par. 46 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commission*, *Rec*., 2001, p. II-943, par. 51 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-913, par. 46.

[72] Il s'agit des par. 36 à 47 de l'arrêt *Portugal c. Conseil* de 1999, aff. C-149/96, *Rec.*, 1999, p. I-8395. Voy. l'arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981, par. 47 à 50.

[73] Arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981, par. 51 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-913, par. 51 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commission*, *Rec*., 2001, p. II-943, par. 56.

[74] Arrêt *T. Port*, par. 52 ; arrêt *Bocchi*, par. 57 ; arrêt *Cordis*, par. 52.

[75] Le Tribunal a rappelé la jurisprudence constante qu'un acte d'une institution communautaire n'est entaché d'un détournement de pouvoir que s'il a été adopté dans le but exclusif, ou tout au moins déterminant, d'atteindre des fins autres que celles excipées et qu'un détournement de pouvoir ne peut être constaté que sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants. Or, les requérantes ne démontrent pas, ni même n'allèguent que la Commission a adopté le règlement 2362/98 ou certaines dispositions de celui-ci dans un but autre que celui excipé. Le Tribunal a rejeté l'argument des requérantes selon lequel il s'agit d'une nouvelle catégorie de détournement de pouvoir. Voy. l'arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981, par. 58 à 61.

[76] Arrêt du 20 mars 2001, aff. T-52/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-981, par. 58 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH c. Commission*, *Rec.*, 2001, p. II-913, par. 58 ; arrêt du 20 mars 2001, aff. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commission*, *Rec*., 2001, p. II-943, par. 63.

[77] Arrêt *T. Port*, par. 59 ; arrêt *Bocchi*, par. 64 ; arrêt *Cordis*, par. 59.

[78] Arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-2/99, *T. Port GmbH & Co. KG c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. II-2093, et arrêt du 12 juillet 2001, aff. T-3/99, *Banatrading GmbH c. Conseil*, Rec. 2001, p. II-2123.

[79] Arrêt *T. Port*, par. 52 et 53 ; arrêt *Banatrading*, par. 43 et 44.

[80] Arrêt du 11 janvier 2002, aff. T-174/00, *Biret International SA c. Conseil*, *Rec.*, 2002, p. II-17.

[81] Arrêt du 11 janvier 2002, aff. T-210/00, *Etablissements Biret c. Conseil*, *Rec.*, 2002, p. II-47.

[82] Arrêt *Biret International SA*, par. 57 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 64.

[83] Arrêt *Biret International SA,* par. 61 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 71. Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt du 6 mars 2003, aff. T-56/00, *Dole Fresh Fruit International Ltd c. Conseil et Commission*, non encore publié au *Recueil.*

[84] Arrêt *Biret International SA*, par. 62 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 72.

[85] Arrêt *Biret International SA*, par. 64 et 65 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 74 et 75.

[86] Arrêt *Biret International SA,* par. 66 ; arrêt *Etablissements Biret*, par. 76.

[87] Arrêt *Biret International SA*, par. 67 et 68 ; arrêt *Etablissements Biret,* par. 77 et 78.

[88] Voy. Ch. KADDOUS, *op. cit.*, p. 400-401.

[89] P. EECKHOUT, « The domestic Legal Status of the WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems », *CML Rev.*, 1997, p. 11-58, spéc. p. 52-53 ; G.A. ZONNEKEYN, « The Status of Adopted Panel and Appellate Body Reports in the European Court of Justice and the European Court of First Instance : The Banana experience », *JWT*, 2000, p. 93-108.

Le discours juridique et l'évolution de la politique extérieure et de sécurité commune

Diego J. Liñán Nogueras

A. Introduction

La situation actuelle de la politique extérieure et de sécurité de l'Union européenne est peu satisfaisante. Depuis les premiers essais de la coopération politique européenne, il y a de cela trente ans – une époque-phare –, ce domaine singulier de l'action extérieure de l'Union n'a toujours pas trouvé son sens. C'est que le sens d'une politique extérieure et de sécurité commune n'est autre que la mise au point d'un mécanisme cohérent, efficace et autonome dans les relations internationales. Trop d'incertitudes subsistent encore sur son présent et les possibilités de changement à plus ou moins court terme semblent bien faibles. Il ne s'agit certainement pas de mettre en doute les progrès qui ont été constamment effectués, mais d'être simplement conscients que cette évolution, jalonnée par d'évidents progrès aux termes des traités, et ce en dépit de la réalité politique, met souvent en évidence le rôle peu efficace et parfois confus de l'Union européenne dans les circonstances actuelles de la politique internationale. C'est un diagnostic auquel sont parvenus les analystes du droit, des relations internationales et les analystes politiques.

Toutefois, cette situation déficiente peut recevoir plusieurs lectures. Pour certains, elle révèle un manque de volonté politique de la part de ses composants, les Etats membres ; mais ceci est un diagnostic qui n'apporte rien de nouveau. Pour d'autres, le problème réside essentiellement dans la prémisse selon laquelle il ne peut y avoir de politique extérieure sans une défense commune permettant de « la faire accomplir ». Bien que nous ne soyons pas absolument convaincu, nous en reconnaissons le grand succès politique dans ces dernières années qui semblent favorables à certains aspects de la défense.

Mais surtout, et c'est ce qui nous intéresse ici, il semble que l'idée la plus répandue soit celle selon laquelle le dysfonctionnement tient en grande partie

à l'inutilité de son articulation juridique : une organisation politico-juridique et institutionnelle décisionnelle et procédurale dont l'application asphyxie le possible fonctionnement de la politique extérieure européenne qui, par ailleurs, a besoin de souplesse. La complexité, la bureaucratisation et le manque de souplesse sont en général les principaux traits relevés. Ce point de vue, plus ou moins bien argumenté, semble s'être imposé, au détriment de l'analyse juridique et institutionnelle jugée comme une approche formaliste peu fondée. Outre cette critique, commence à se profiler un autre type de discours se prétendant plus politique, plus pragmatique, plus dynamique et plus réaliste. Tout se passe comme si la dimension juridique et institutionnelle n'avait aucune importance. Les espoirs de voir les procédures de la politique extérieure s'approcher progressivement du modèle communautaire semblent s'être évanouis.

Tout porte à croire donc que, depuis un certain temps, le discours juridique et institutionnel sur la politique extérieure et de sécurité commune a perdu toute crédibilité. Non seulement il n'a pas eu un grand succès dans le passé, mais la situation actuelle ne lui est guère favorable. En effet, ce nouveau discours révèle et justifie des tendances politiques qui éludent ou affaiblissent les rares engagements conventionnellement sanctionnés et les rares procédures arrachées à grands frais à la sphère intergouvernementale et dont on croyait que l'approfondissement était la seule manière de garantir un certain progrès dans le développement de l'action politique extérieure. Les développements en dehors des traités (tel est le cas de la politique européenne de sécurité et de défense), le Conseil européen qui est devenu l'élément clé de l'évolution du « système » et la flexibilisation permanente des obligations (« abstention positive », clause d'*opting out,* dérogations consenties (Danemark), application du système de coopérations renforcées...) semblent appartenir à un « autre discours ». Un discours distinct qui cherche une prétendue « opérativité » mais qui s'éloigne de la recherche d'engagements juridiques solides et généraux sur la base des objectifs et des procédures.

La question que nous nous posons dans cette réflexion (ou préoccupation) est la suivante : ce nouveau discours, ainsi que les pratiques politiques qu'il engendre, peut-il éliminer les fragilités de la politique extérieure européenne ? Nous en doutons fortement.

Comme l'a souligné J.-V. Louis, « la leçon de la construction européenne dans ces cinquante dernières années est que celle-ci ne peut progresser si les Etats ne font pas confiance à des institutions communes, qui sont, dans une mesure appréciable, indépendantes d'eux-mêmes, par leur statut ou par les modalités de vote. L'accent mis sur le rôle du Conseil européen trahit le souci du maintien de mécanismes informels, déliés du droit et où un État peut bloquer un processus qu'il juge contraire à son intérêt » [1]. Il se peut que le discours juridique sur la construction de la politique étrangère et de sécurité commune (ci-après PESC), y compris la politique européenne de sécurité et de défense commune (ci-après PESDC) ne soit pas aussi insignifiant qu'il en a l'air.

Cela est peut-être lié à ce que dénonce très justement A. Mattera : « les voix (et les écrits !) de personnalités bien connues, qui « dans leurs ardeurs de néophytes » (expression empruntée à Helmut Schmidt) ou de penseurs révolutionnaires, estiment

qu'il faut «tout réinventer», qu'il faut un nouveau projet européen...» [2]. Si ces voix sont capables d'ébranler le solide édifice communautaire, nul doute qu'elles trouveront dans les structures les plus faibles de la PESC l'occasion d'appliquer le principe de la *tabula rasa*.

Il se pourrait qu'au contraire les déficiences de la PESC tiennent à son insuffisante construction juridique-institutionnelle et que tout ce qui ne permet pas son renforcement soit condamné à faire augmenter sa fragilité et son manque d'efficacité.

Nous pensons que le discours juridique est, et a toujours été, fondamental y compris dans la construction de la PESC. Encore faut-il que les éléments de régulation de la politique extérieure ne soient pas vus comme de simples mécanismes formels, mais comme l'expression des intentions et des équilibres politiques de fond. Car c'est ainsi qu'ils fourniront, à notre sens, les meilleures analyses et qu'ils permettront de réfléchir plus sérieusement sur le rôle de la projection politique et de la sécurité commune de l'Union européenne dans le nouveau contexte international. Mais il semblerait que les circonstances actuelles ne soient pas les plus favorables pour un tel discours.

B. Le discours juridique et la faiblesse de la PESC

Etant donné l'importance de la dimension juridique dans la construction de la PESC, la caractéristique la plus relevée a été sa *faiblesse*. Cette appréciation est faite logiquement à l'aune du solide édifice communautaire. Cette faiblesse apparaît comme une constante depuis ses origines jusqu'à son articulation dans le traité sur l'Union européenne, dont les modifications de Amsterdam et de Nice n'ont pas supposé d'altération importante.

Malgré le titre pompeux qu'elle reçut à Maastricht, «politique étrangère et de sécurité commune» (le mot «commune» semblait indiquer une filiation partagée des politiques communautaires), sa configuration générale avait encore conservé, comme dans l'Acte unique européen, un trait différencié en raison de son caractère intergouvernemental fortement marqué. Son inclusion dans le titre V (c'est-à-dire en dehors des titres communautaires) et sa qualification de «forme ou politique de coopération» face aux Communautés européennes, montrent bien cette singularité juridique.

A l'évidence, le traité de Maastricht a représenté un grand pas en avant surtout à la suite de «l'unification institutionnelle» imposée par les dispositions communes du traité sur l'Union européenne aux Communautés européennes et aux «politiques ou formes de coopération», à savoir, la PESC et la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (devenue l'actuelle coopération policière et judiciaire en matière pénale, CPJP). Mais il est vrai également que cette unification n'a jamais été complète et qu'elle s'est limitée aux seuls aspects organiques, puisque des différences substantielles persistent dans les procédures et dans le fonctionnement. Le faible rôle de la Commission, la position très fragile du Parlement européen et l'exclusion totale des compétences de la Cour de justice des Communautés européennes [3] ajoutent à sa faiblesse juridique.

Les instruments juridiques opérationnels de la PESC ont été considérés eux aussi comme l'expression de cette faiblesse juridique avec laquelle ils furent conçus. En particulier, les « positions communes » et « les actions communes », ainsi que les « déclarations » classiques et l'établissement des « principes et orientations généraux » du Conseil européen, auxquels se sont ajoutées les « stratégies communes », n'ont jamais été considérés comme de véritables actes juridiques destinés à produire des obligations juridiques exigibles. Soit ils sont l'expression d'un consensus de base, soit ils ne le sont pas. Ce que l'on a fini par nommer « acquis » en matière de politique extérieure et de sécurité n'est autre qu'un ensemble d'actions concertées, conjoncturelles et, dans certains cas, peu décisives. Certains aspects de son exécution (décentralisée et peu coordonnée) et plus spécialement les problèmes de financement (faible et discuté), constituent une autre preuve de cette traditionnelle faiblesse juridique et constitutionnelle de la PESC.

Mis à part ces nuances et les nombreux efforts accomplis, les éléments constitutifs du « système » de la PESC souffrent et ont toujours souffert d'une certaine anémie juridique et institutionnelle. Il s'agit bien évidemment d'une faiblesse voulue et recherchée ; ou, si l'on préfère, de la conséquence prévisible d'engagements fallacieux ou, ce qui est plus grave encore, de la non-existence d'engagement.

Dans le fond, le « système » paraît conçu de manière à empêcher toute création d'obligations juridiques solides ou à condamner celles-ci à se développer en dernier ressort loin de l'ordre communautaire et de l'ordre international. Tout cela semble lié à l'idée que, en cas de consensus, la règle juridique n'est pas nécessaire et que, dans le cas contraire, elle est un inconvénient.

Mais cette faiblesse de l'appareil juridique de la PESC n'est pas forcément la cause des insuffisances de la politique extérieure européenne. Il semblerait au contraire que la cause réside dans l'incapacité à parvenir à des engagements politiques importants et au refus de les formuler en termes juridiques clairs.

Aussi faible qu'il puisse paraître, force est de constater que le modèle juridique est le *seul facteur capable de conduire* les politiques extérieures des Etats membres vers un système commun et *le seul capable de garantir un certain nombre de comportements communs*.

Les dispositions générales du traité sur l'Union européenne et, en particulier, celles du titre V ont au minimum supposé la soumission des politiques extérieures des Etats membres de l'Union à une *logique de système* qui aurait été impensable autrement. La responsabilité des décisions incombant aux institutions et aux organes de l'Union européenne, la soumission à des procédures de consultations mutuelles, les conditions nécessaires à une *decision making* (bien que peu opérationnelle en cas d'opposition de certains de ses acteurs), l'implication du modèle communautaire dans les thèmes budgétaires (qui sous-tend une implication du Parlement européen [4]), l'obligation à des interactions entre la PESC et le modèle communautaire pour l'adoption de sanctions face à des pays tiers ou la perception d'ensemble vis-à-vis de l'extérieur (y compris la conclusion d'accords par le Conseil avec des pays tiers [5]) sont, entre autres, des effets qui n'auraient pu se produire sans la « juridification » de la PESC. Que cette « juridification » soit insuffisante ou inadéquate dans certains aspects est une autre affaire. Mais ne pas valoriser les facteurs juridiques de la PESC est tout

simplement une grave erreur. Ce que nous appelons peut-être injustement « constitutionnalisation » dans le modèle communautaire et qui serait sûrement inapproprié dans le modèle de la PESC traduit, quoi qu'il en soit, l'idée d'une *sanction juridique conventionnelle des règles du jeu* qui ne peut être prise à la légère, et notamment parce qu'elles ne signifient que la légitimité du système.

C. Des engagements juridiques incomplets et des temps durs

L'idée de doter l'Union européenne d'une « dimension propre » en matière de PESC avait bien fonctionné dans l'imaginaire européiste ; il serait donc vain d'en nier les progrès, des progrès complexes et difficiles, certes, mais des progrès tout de même, lorsqu'il s'agissait du système de coopération intergouvernementale, connu sous le nom de CPE dans les années soixante-dix et quatre-vingt [6]. En effet, l'unification européenne a engendré un nombre considérable d'objectifs intégrationnistes (le marché intérieur, l'UEM, la cohésion économique et sociale, etc.) en particulier dans les années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix.

Mais un des objectifs les plus importants fut le caractère bénéfique pour l'Europe (et pour le monde, selon certains) d'une projection politique commune de l'UE vers l'extérieur : la PESC. Le système, conçu en termes de gradualité et destiné à combler temporairement un vide que remplirait un système plus solide et plus proche du modèle communautaire était acceptable. Il allait même plus loin que prévu dans certains aspects (la timide introduction de la majorité qualifiée). Sa grande faiblesse fut sans doute l'impossibilité de favoriser un engagement allant dans le même sens afin de construire un système de sécurité « nettement européen », c'est-à-dire indépendant et autonome. Tout comme pour d'autres aspects de la construction européenne, cette idée n'était partagée que par quelques membres de l'Union européenne. Les autres membres avaient leur conception propre : l'existence d'une identité ou tout au moins d'une convergence d'intérêts entre l'Union européenne et les Etats-Unis qui devait se matérialiser dans l'OTAN. Une minorité enfin s'est maintenue à l'écart en s'accrochant parfois à des conceptions nationales soumises à des traditions ou à des exigences constitutionnelles de neutralité.

Dans ce contexte, la définition du rôle de l'Union européenne sans un accord sur les aspects les plus importants de la sécurité était de l'ordre de l'infaisable. Vues de plus près, les dispositions juridiques du titre V du traité sur l'Union européenne sur cette matière n'exprimaient aucun accord ; à l'inverse, elles laissaient entrevoir un désaccord profond. Nous voulons dire par là que tous ceux qui, comme nous [7], concevaient les débuts de la PESC comme une voie qui conduirait les Etats membres vers une politique extérieure plus ou moins unifiée et qui assumerait peu à peu les différents aspects de la sécurité (les aspects politiques et économiques d'abord et ceux de la défense ensuite) n'avaient pas de bases solides pour penser de la sorte. D'autant que, d'un point de vue historique, c'était une erreur. Le problème n'était pas que la défense exigeait plus de temps en raison de ses difficultés spéciales ; ce qui en fait n'aurait pas été particulièrement grave puisque la construction européenne est par définition graduelle. Le véritable problème est que, en matière de défense, des désaccords de fond se sont manifestés sur le rôle général de l'Union européenne dans le contexte international et que la politique extérieure a été condamnée à fonctionner

dans des aspects de la politique extérieure ne relevant pas de la sécurité. Ce modèle complexe de la PESC qui s'est articulé avec Maastricht a été inutilisé dans la mesure où l'objet de l'action politique a frôlé le noyau dur de la sécurité.

Nul ne devrait s'étonner de voir que la PESC fonctionne seulement dans des thèmes considérés comme banals. En réalité, cela ne signifie pas que les aspects politiques de l'activité extérieure soient « banals » en soi (ce qui serait une grave erreur de perception), mais que, depuis le début des années quatre-vingt-dix, la sécurité est devenue le paradigme dominant. Les faits se sont aggravés avec les attentats terroristes du 11 septembre 2001 qui ont poussé à l'extrême l'idée que la sécurité devait tout conditionner. Et c'est justement dans le domaine de la sécurité que l'Union européenne manque de fonctions ou qu'elle s'est vue dans l'obligation de se mouvoir dans la dimension artificielle des « aspects économiques et politiques de la sécurité » (inclus), « la politique de défense commune » (facultativement réalisable) et la « défense commune » (exclue).

Il est vrai que la PESC ne s'est faite que lentement une place dans un monde qui évolue vite. Mais ce n'est pas le plus grave. Ce qui est vraiment grave, c'est que le rôle qui aurait dû lui correspondre n'a pas eu de support conventionnel. Ce n'est pas le modèle juridique de la PESC qui a échoué mais *l'exclusion conventionnelle expresse* des aspects les plus déterminants dans une époque historiquement difficile. La modification prudente d'Amsterdam déclarant que la PESC incluait « *la définition progressive* d'une politique de défense commune » (nous soulignons) et les missions de Petersberg (article 17 par. 2 UE) par la suite noyées dans un jeu complexe de compatibilités entre les acteurs multiples (UE, OTAN, UEO, alliances bilatérales et politiques nationales) et l'option du Conseil européen de Nice de 2000 d'articuler la PESDC en dehors du traité ne semblent pas en mesure d'éliminer de si remarquables différences politiques.

La *sensation* d'échec ressentie généralement par l'opinion publique vis-à-vis de la PESC est légitime, voire raisonnable. Mais en analysant de près la question, il faudrait rechercher les causes dans le manque d'un accord juridique plus ample, plus complet et plus solide plutôt que dans les défauts de l'accord en vigueur, qui ne sont pas des moindres. Ce qui implique que les solutions devraient aller dans le sens d'un renforcement des engagements politiques et dans leur transfert juridique au traité sur l'Union européenne et non dans le sens de l'évitement à travers tous les systèmes de « flexibilisation » possibles ni dans celui de l'affaiblissement en excluant ses bases sur des règles juridiques.

D. Une évolution préoccupante : le cas de la PESDC

La carence en matière de sécurité et de défense est devenue le principal catalyseur de l'évolution de la PESC. La pression exercée par les événements externes (en particulier, la guerre du Kosovo et, de manière générale, le sentiment de ne pouvoir intervenir dans la gestion des crises internationales) et les difficultés internes en raison de l'élargissement perçues avec préoccupation n'ont pas suffi pour parvenir à un engagement politique sur la défense qui pourrait être traduit en termes juridiques et constitutifs dans le traité sur l'Union européenne.

Cependant, cette pression s'est faite moins ressentir grâce au rôle croissant du Conseil européen. La déclaration sur la Défense européenne de Saint-Malo du 4 décembre 1998 entre la France et la Grande-Bretagne (qui a maintenu jusqu'à présent une position atlantiste empêchant tout progrès en matière de défense dans l'Union européenne) a ouvert le chemin. Le Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 a chargé à la Présidence de rédiger un rapport. Le Conseil européen d'Helsinki des 10 et 11 décembre 1999 a adopté les rapports de la Présidence concernant « le renforcement de la politique européenne commune en matière de sécurité et défense » et « la gestion non militaire des crises par l'Union européenne » (annexe IV des conclusions de la Présidence). La nécessité de réformer ou non les dispositions du traité sur l'Union européenne a fait l'objet d'une discussion au Conseil européen de Santa Maria da Feira les 18 et 19 juin 2000 qui a opté pour une autre voie convoquant la conférence sur les contributions des Etats qui permettront d'atteindre l'objectif en matière de capacités militaires. Le Conseil européen de Nice des 7 et 8 décembre 2000 a adopté le rapport de la Présidence sur la politique européenne de sécurité et de défense, qui a mis en place la PESDC évitant ainsi la modification du traité de l'Union européenne pour introduire ses importantes innovations. Ainsi, l'articulation de la PESDC se fait en dehors des traités. Le Conseil européen de Santa Maria da Feira en a décidé ainsi en s'appuyant sur un rapport du Service juridique du Conseil :

> « Le Service juridique du Conseil est d'avis que les conclusions du Conseil européen réuni à Cologne et à Helsinki relatives à la politique européenne de sécurité et de défense peuvent être mises en œuvre sans qu'il soit juridiquement nécessaire d'apporter des modifications au traité sur l'Union européenne. Toutefois, de telles modifications seraient nécessaires si l'on entendait transférer le pouvoir de décision du Conseil à un organe composé de fonctionnaires, ou modifier les dispositions du traité relatives à l'UEO. Par ailleurs, il appartient aux Etats membres de déterminer si des modifications au traité seraient politiquement souhaitables ou opérationnellement opportunes ».

Conséquence de son approbation : l'avertissement qu'un changement essentiel allait s'opérer dans le modèle de la construction de la PESC. Il ne fait aucun doute que la décision politique à laquelle fait allusion le service juridique du Conseil revêt une importance spéciale. Elle a fait que le traité de Nice a à peine altéré les dispositions du titre V. En fait, cette légère révision semble surtout destinée à éliminer certains aspects pouvant être incompatibles ou perdre leur raison d'être avec le nouveau modèle de la PESDC plutôt qu'à jeter les bases juridiques de la politique européenne de sécurité et de défense.

Hormis l'incorporation des articles 27 A à 27 E (concernant le système de coopération renforcée dans la PESC) qui correspond à une autre tendance signalée plus haut, tout semble répondre à cette fin. La suppression des paragraphes 1 et 3 de l'article 17, relatifs à l'UEO, la création et la multiplication des pouvoirs dans le domaine appelé désormais Comité politique et de sécurité (article 25), et le manque de rapport entre l'entrée en vigueur du traité de Nice et la mise en place de la PESDC (déclaration nº 1 relative à la PESDC [8]) résument les modifications dignes d'intérêt dans ce domaine.

Quoi qu'il en soit, le fonctionnement de la PESDC s'effectue sur trois axes : a) « l'objectif global » sur les capacités militaires adopté à Helsinki et qui prétend

d'ici 2003 constituer une force militairement auto-suffisante d'un corps d'armée (soixante mille personnes), avec une capacité à se déployer dans un délai inférieur à soixante jours et à maintenir son action pendant au moins un an ; b) le renforcement des capacités de l'Union européenne dans les aspects civils de la gestion des crises qui comprend les capacités en matière de police, le renforcement de l'Etat de droit, le renforcement de l'administration civile et la protection civile ; et c) la création de structures civiles et militaires permanentes. Le Comité politique et de sécurité, le Comité militaire de l'Union européenne et l'Etat-major de l'Union européenne, ont tous été institués de façon permanente le 22 janvier 2001 [9] ; même s'ils étaient provisoirement opérationnels depuis mars 2000.

Pour le secrétaire général du Conseil/haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune, tout ceci montre que la PESDC « est devenue opérationnelle » [10]. Dans son excellente analyse, Gonzalez Alonso s'y référait en avertissant que cela paraît obéir à un changement de tactique politique : diriger la réforme vers les contenus et non vers les procédures [11]. Mais la gestion et l'application d'un domaine aussi complexe, lié au système général de l'Union européenne (non seulement la PESC) exige certaines procédures. Curieusement, le secrétaire général/haut représentant pour la PESC a lui-même cerné le vrai problème avant que le Conseil européen n'opte pour la formule dite « opérationnelle ». « L'atout de l'Union – d'après les propos de M. Solana – et sa plus-value par rapport aux autres organisations, réside en particulier dans le fait qu'il applique à la gestion des crises une approche globale qui dépasse la seule dimension politico-militaire. La question est de savoir comment utiliser de manière cohérente les instruments politiques extérieurs dont dispose l'Union et comment articuler les procédures et les organes des différents piliers » [12].

Soit, mais ce n'est pas seulement un problème de « cohérence », c'est aussi un problème de *légitimité,* d'équilibres institutionnels (le rôle de la Commission, le contrôle de l'exécutif), de respect des principes proclamés par le traité sur l'Union européenne (en particulier l'article 6), entre autres. Mais surtout la question est de savoir s'il est possible de construire dans un espace européen en niant aux Parlements nationaux la possibilité de se prononcer. Telle est la conséquence du non-respect des voies prévues par les traités. Peut-on aller loin sans tenir compte de ces règles du jeu ? L'objectif de l'efficacité ne peut se substituer à celui de la légitimité. Ce dernier est parfois lent et coûteux, mais c'est l'unique. Les autres possibilités seront toujours considérées comme manquant de légitimité et risqueront de se retourner tôt ou tard contre elles-mêmes.

Notes

[1] J.-V. Louis, « La réforme des institutions de l'Union européenne (schéma pour une réflexion) », *RMCUE*, 443, 2000, p. 681–685.

[2] A. Mattera, « De la deuxième guerre mondiale au « projet européen » de Jean Monnet », *RDUE*, 2002/1, p. 6.

[3] Pour certains, cette exclusion est pleinement justifiée en raison de la « nature » du domaine matériel en question qui amènerait une juridiction à se prononcer sur des questions d'opportunité politique. Nous ne sommes pas de cet avis. D'une part, une compétence bien définie concernant le contrôle du respect des obligations assumées et du contrôle de légalité des actes n'est pas une question d'« opportunité ». D'autre part, son exclusion relève tout simplement d'une option politique qui préfère un domaine non juridictionnel pour la PESC.

[4] Accord interinstitutionnel du 6 mai 1999 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur la discipline budgétaire et l'amélioration de la procédure budgétaire, *JOCE*, nº C 172, 18 juin 1999, entré en vigueur le 1er janvier 2000, dont le paragraphe H est consacré au financement de la PESC. Cet accord oblige la présentation d'un rapport annuel auprès du Parlement européen. Voy. le rapport du 18 avril 2002, Conseil de l'UE 7330/02, PESC 100 FIN 108 PE 28.

[5] Accord entre l'Union européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine relatif aux activités de la Mission de surveillance de l'Union européenne (EUMM) dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine, décision du Conseil du 30 août 2001, 2001/682/PESC, *JOCE*, nº L 124, 11 septembre 2001 et accord entre l'Union européenne et la République fédérale de Yougoslavie relatif aux activités de la Mission de surveillance de l'Union européenne (EUMM) en République fédérale de Yougoslavie, décision du Conseil du 9 avril 2001, 2001/352/PESC, *JOCE*, nº L 125, 5 mai 2001.

[6] Ph. De Schoutheete, *La coopération politique européenne*, 2e éd., Bruxelles, 1986.

[7] D. J. Liñán Nogueras, « La Cooperación en materia de política exterior : de la CPE a la PESC », *in* G. C. Rodríguez Iglesias et D. J. Liñán Nogueras (dir.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 327 ; et « La política exterior y de seguridad común de la Unión europea en la perspectiva de la reforma de 1996 », *in Reflexiones sobre la CIG 1996*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1995.

[8] Bien qu'elle soit permise par une déclaration annexe, il n'est pas moins surprenant que la création d'un organe de l'Union européenne (le Comité politique et de sécurité), qui exige la modification du traité sur l'Union européenne, se soit effectuée avant la conclusion des processus de ratification du traité de Nice et, par conséquent, avant l'entrée en vigueur du traité. Ainsi le COPS a été créé sur la décision du Conseil du 22 janvier 2001, 2001/78/PESC instituant le Comité politique et de sécurité, *JOCE*, nº L 27, 30 janvier 2001.

[9] Décision du Conseil instituant le Comité politique et de sécurité, précitée et les décisions du Conseil 2001/79/PESC portant création du Comité militaire de l'Union européenne et 2001/80/PESC instituant l'Etat-major de l'Union européenne, *JOCE*, nº L 27, 30 janvier 2001. Cette dernière en application depuis le 11 juin 2001 par décision du secrétaire général du Conseil/haut représentant pour la PESC du 8 juin 2001, 2001/442/PESC, *JOCE*, nº L 155, 12 juin 2001.

[10] J. Solana, « La Politique européenne de sécurité et de défense (PESDC) est devenue opérationnelle », *RMCUE*, 457, 2002, p. 213.

[11] L. N. González Alonso, « La política europea de seguridad y defensa después de Niza », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 9, 2001, p. 197.

[12] J. Solana, « Le développement de la politique européenne commune de sécurité et de défense de l'Union Européenne », *RMCUE*, 442, 2000, p. 588.

La cohérence, principe d'action du partenariat ACP/CE – Etats membres

Jean Raux

L'accord de partenariat, signé à Cotonou le 23 juin 2000 [1] a pour objectif général et global de « promouvoir et accélérer le développement économique culturel et social des Etats ACP, de contribuer à la paix et à la sécurité, et de promouvoir un développement stable et démocratique » [2].

Le développement est en effet polymorphe et plurisectoriel. Il implique une conjonction « cohérente » des composantes du partenariat. Le partenariat politique en donne l'orientation et en facilite la mise en œuvre. Le partenariat économique lui donne consistance et suggère le dépassement de la libération des échanges de type vertical, nord/sud, par une libération des échanges de type horizontal, entre Etats ACP d'une même région, complément indispensable, par effet d'échelle, au développement des investissements étrangers eux-mêmes nécessaires au développement des exportations, notamment vers l'Union européenne. Le partenariat social et culturel et humain assure à l'ensemble une durabilité qui ne peut être acquise qu'avec le concours des acteurs décentralisés.

Le développement n'est concevable que dans et pour la paix. Si la paix est menacée, les parties doivent poursuivre activement des politiques de prévention des conflits [3]. Si le maintien de la paix n'est plus assuré, les parties doivent tout mettre en œuvre, pour, d'abord, résoudre les conflits [4]. Le respect des droits de l'homme, des principes démocratiques et de l'Etat de droit ne peut être imposé à l'ordre du jour dans un Etat ACP en état de guerre, alors même que tout doit être mis en œuvre pour restaurer un tel respect [5]. En revanche, un conflit est-il résolu, « les parties prennent toutes les mesures appropriées (à la situation post-conflictuelle) pour faciliter le retour à une situation durable de non-violence et de stabilité » permettant la « réhabilitation » des infrastructures et des équipements indispensables ainsi que la gestion des affaires publiques. La coopération au développement n'est ainsi concevable que sous réserve

du préalable de la paix. En ce sens, s'agissant de la CE et de ses Etats membres, membres de l'Union européenne, l'exigence fondamentale de « cohérence » entre la PESC et la coopération au développement doit être au cœur de leur action [6].

Le développement n'est envisageable, *a fortiori* sur le long terme, que dans un environnement stable et démocratique. La politique partenariale se construit notamment sur la base du principe fondamental de l'« appropriation des stratégies de développement par les pays et populations concernés » [7]. Or, l'appropriation implique à son tour une plus grande participation. Au-delà des « parties » à l'accord, ce sont les populations, hommes et femmes, qui sont parties prenantes au partenariat et sont appelées à concourir démocratiquement et durablement à l'objectif d'« éradication de la pauvreté ».

L'objectif prioritaire caractéristique de l'accord est en effet : « le partenariat centré sur l'objectif de réduction, et, à terme, d'éradication de la pauvreté, en *cohérence* avec les objectifs de développement durable et d'une intégration progressive des pays ACP dans l'économie mondiale » [8]. En d'autres termes, le développement doit être écologiquement soutenable pour les générations ultérieures, politiquement acceptable pour l'ensemble des acteurs, en particulier la société civile, socialement équitable, *a fortiori* pour les plus pauvres… tout en demeurant économiquement efficace en faisant le pari d'une intégration régionale en vue de mieux affronter la mondialisation [9].

Le partenariat est indissociable de l'obligation de résultat que se sont assignée les signataires de l'accord de Cotonou. L'éradication de la pauvreté est le nouvel horizon des signataires.

La mutation de la convention de coopération (de Lomé) en accord de partenariat (Cotonou) constitue un changement historique fondamental. Les « principes fondamentaux », reconnus comme tels d'un commun accord [10], assurent la légitimité du partenariat et ont vocation à lui donner corps. Le « principe d'égalité des partenaires » est le principe fondamental qui témoigne le mieux du caractère partenarial des relations. Les signataires de l'accord de Cotonou sont devenus co-responsables du développement. L'action de la CE et de ses Etats membres se conçoit désormais comme un « appui », voire comme un « soutien », un « encouragement » ou une « contribution ». L'action de la Communauté et de ses Etats membres n'est plus présumée se substituer à la carence des ACP. Ainsi, « le partenariat offre (-t-il) un *cadre cohérent d'appui* aux stratégies de développement définies par chaque Etat ACP » [11] et la coopération au développement « fournit un cadre *cohérent* d'appui aux stratégies de développement des pays ACP (…) » [12].

Cette reconnaissance de l'égalité est officialisée dans l'acceptation mutuelle du respect d'« éléments essentiels » [13] : « le respect des droits, des principes démocratiques, et de l'Etat de droit » [14], à l'exception de « la bonne gestion des affaires publiques » qui est seulement un « élément fondamental » (mais non essentiel) de la bonne gouvernance…

Dans ce nouvel état d'esprit, les signataires de l'accord de Cotonou se réfèrent naturellement au « dialogue » en vue du respect des engagements mutuels ; le dialogue politique, régulier et global, en est la forme la plus élaborée et la plus fructueuse.

La quête de cohésion partenariale envisagée ainsi d'un commun accord par des parties qui n'ont pas renoncé à leur souveraineté et à leur différenciation, ne saurait

être effectuée sans une approche « cohérente » de leur part. La cohérence partenariale relaie la quête de cohésion partenariale et tend à lui assurer crédibilité et, si possible, effectivité.

Les partenaires ne peuvent logiquement se conformer à des principes fondamentaux théoriquement générateurs d'homogénéité politique, économique, sociale, culturelle, sans agir avec une « cohérence » générale, synonyme de convergence, de compatibilité, de rationalisation, et génératrice à son tour de « principes d'action » visant les acteurs, les politiques, et les instruments du partenariat.

A. La cohérence des acteurs

Le partenariat, plus qu'une simple coopération, implique un engagement loyal des parties contractantes dans le cadre de l'accord qui le fonde, en vue notamment d'en favoriser l'exécution. Il n'est pas abusif d'évoquer un principe de « coopération loyale » en vue d'inspirer et de régir l'action des partenaires. La multiplicité des acteurs, d'un côté ou de l'autre des parties contractantes, pouvant cependant faire obstacle à cette coopération loyale, le principe de « coordination » [15] des partenaires en est le corollaire naturel.

1. Le principe de coopération loyale

L'article 3 de l'accord de Cotonou intitulé « Réalisation des objectifs de l'accord » prend place dans un chapitre I sous couvert des « objectifs et (…) principes » (titre du chapitre 1), après l'article 1er consacré aux « objectifs du partenariat » et l'article 2 relatif aux « principes fondamentaux ». Il est conçu, selon son intitulé et selon sa place dans l'accord, comme porteur d'un principe d'action. Il peut être appréhendé comme le pendant de l'article 10 du traité CE relatif à la coopération loyale entre CE et Etats membres, sous cette réserve que chaque partie contractante agit « pour ce qui la concerne ». Principe fondamental d'égalité partenariale oblige ! La coopération loyale est *a priori* envisagée en fonction de l'accord ; elle a, à l'évidence, une incidence directe sur les relations entre partenaires. Cela peut être vérifié en ce qui concerne les obligations qui en découlent à un triple niveau.

a) L'obligation de faire

Les parties contractantes doivent prendre des mesures positives de deux sortes.

Chaque partie contractante, en ce qui la concerne, doit adopter des mesures propres à l'exécution des obligations découlant de l'accord de partenariat. Une telle obligation fait écho au principe fondamental du « respect des obligations mutuelles ». Chaque partie doit donc, selon le cas, adopter des mesures générales ou des mesures particulières qui pourront elles-mêmes faire l'objet de procédures de communication graduées, selon qu'elles peuvent avoir une incidence sur l'autre partie contractante, conformément aux dispositions spécifiques de l'accord.

Chaque partie contractante, toujours en ce qui la concerne, doit procéder à l'adoption de mesures de nature à « faciliter la réalisation des objectifs de l'accord ». A cet égard, les partenaires sont invités à établir des liens entre acteurs européens et ACP, à renforcer « des réseaux d'échanges, d'expertise, et d'expérience entre les acteurs » [16] et à favoriser ainsi leur évaluation. Pour sa part, la Communauté s'est

engagée à apporter un « appui » particulier au « renforcement des capacités des acteurs publics, privés, et de la société civile, dans le cadre des stratégies qui sont décidées d'un commun accord entre l'Etat concerné et la Communauté » [17].

b) L'obligation de ne pas faire

Les parties contractantes ont souscrit un engagement aux termes duquel elles s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril les objectifs du partenariat [18], tels qu'ils sont explicités pour la mise en œuvre des stratégies de coopération au développement [19], pour la coopération économique et commerciale [20] ou pour la coopération relative au financement du développement [21]. Systématiquement, les parties doivent atteindre les objectifs définis « sur la base de l'intérêt mutuel et dans un esprit d'interdépendance » [22]. Cela implique une volonté affirmée de se conformer aux règles internationales en vigueur notamment au sein des Nations unies ou au sein de l'OMC [23], un souci partagé d'appréhender les diverses coopérations en fonction de leur complémentarité, enfin, un engagement de la CE de s'adapter à la situation particulière des Etats ACP appréhendés à l'échelle nationale ou régionale.

c) L'encadrement approprié

L'exécution des engagements, faute d'un contrôle de caractère juridictionnel, fait l'objet d'un « encadrement approprié » à la nature des engagements souscrits. Trois hypothèses sont à envisager.

Des « mesures appropriées », y compris la suspension, en dernier ressort, peuvent être prises pour manquement aux « éléments essentiels » ou « principes essentiels » au sens des articles 2, 9 et 96 combinés de l'accord de partenariat. Ainsi, un manquement à une obligation en ce qui concerne le respect des droits de l'homme, des principes démocratiques et de l'Etat de droit peut-il donner lieu à consultation et conduire à des « mesures appropriées », notamment, en cas d'urgence dans l'hypothèse exceptionnelle d'une violation particulièrement grave et évidente. Les « mesures appropriées » sont conformes au droit international et proportionnelles à la violation. L'article 96 de l'accord de Cotonou, ayant fait l'objet d'une décision d'application provisoire jusqu'au 1er avril 2003, le Conseil de l'Union européenne a déjà fait expressément référence à l'article 96 dans la position commune du 18 février 2002 en vue de l'adoption de « mesures restrictives » à l'égard du Zimbabwe [24].

Des « mesures appropriées » peuvent être adoptées également pour violation caractérisée de la bonne gestion des affaires publiques, « élément fondamental » du partenariat, mais non « élément essentiel ». Les mesures appropriées, après consultations des parties, visent cependant la seule hypothèse où l'apport de la CE est un « élément important » en termes d'« appui financier » et où la constatation a pu être faite de « cas graves de corruption active et passive » au sens des articles 9 et 97 combinés. Le corrupteur, comme le corrompu, peuvent être sanctionnés, y compris par une mesure de suspension.

Des « mesures appropriées » peuvent enfin être adoptées sous couvert de « dialogue politique », y compris pour les questions non qualifiées d'« essentielles », en vue du respect des engagements mutuels [25]. Le recours au dialogue doit en effet

permettre une mise en œuvre effective et efficace de l'accord. C'est en ce sens que le Conseil de l'Union a adopté sa position commune en date du 19 novembre 2001 concernant le Rwanda et définissant le cadre du dialogue politique entre l'Union européenne et ce pays ACP, « conformément à l'article 8 de l'accord de Cotonou » (mis en application provisoire) [26].

La sanction n'est pas *a priori* le but recherché ; sa seule perspective doit être une incitation à respecter l'accord.

2. Le principe de coordination

L'examen des parties contractantes à l'accord de partenariat révèle une réalité juridique très complexe, notamment en ce qui concerne la partie européenne. Officiellement, ce sont la « Communauté européenne et ses Etats membres » qui constituent la partie à l'accord [27]. Néanmoins, la Communauté européenne fait partie intégrante de l'Union européenne, et ses Etats membres sont membres de l'Union européenne. Le texte de l'accord évoque d'ailleurs fréquemment un partenariat ACP – UE ou fait référence aux institutions de l'Union européenne [28]. Enfin, du côté de la partie européenne, comme du côté de chaque Etat ACP, le partenariat peut reposer sur une multiplicité d'acteurs « non étatiques ». Se pose alors le problème de l'articulation des pouvoirs dans le respect des compétences nationales ou des compétences reconnues à la CE, voire à l'Union. Une coordination s'impose dans un double souci de lisibilité et d'efficacité. La coordination s'impose comme un principe d'action. A cet égard, il importe d'évoquer successivement la coordination des acteurs européens du partenariat et la coordination des acteurs ACP du partenariat.

a) La coordination des acteurs européens du partenariat

La coordination est à géométrie variable.

A un premier niveau, la coordination est à l'ordre du jour entre CE et Etats membres pour savoir qui doit intervenir, de la CE ou de ses Etats membres, et jusqu'à quel point. La coordination s'exerce d'abord dans le respect de l'attribution de compétences et de la « complémentarité » qui caractérise la coopération au développement [29], sous réserve d'une compétence de principe de la CE dans le cadre des accords dits d'« association ». Sur un plan plus opérationnel, dans les pays ACP eux-mêmes, la coordination doit être instaurée entre les délégations de la Commission et les ambassades des Etats membres. La coordination s'exerce ensuite entre Commission et Etats membres de l'Union dans la mise en œuvre de la PESC, notamment lorsqu'il s'agit de la prévention, de la gestion et du règlement des conflits en Afrique. Les conditions en ont été arrêtées par la position commune du Conseil du 14 mai 2001 [30].

A un second niveau, la coordination est de règle entre Etats membres. En témoignent, par exemple, deux accords : l'accord interne relatif au financement et à la gestion des aides dans le cadre du protocole financier de l'accord de partenariat, et l'affectation des aides financières destinées aux PTOM [31], et l'accord interne relatif aux mesures à prendre et aux procédures à suivre pour la mise en œuvre de l'accord de partenariat ACP – UE. La coordination entre Etats membres est d'autant plus de rigueur que l'accord de partenariat, comme la très grande majorité des accords conclus

sur la base de l'article 310 CE (ex-article 238 CE), est un accord mixte signé par les représentants de la CE… et des Etats membres, membres de l'Union européenne.

Un troisième niveau concerne les Etats membres eux-mêmes, compte tenu de l'incidence de l'accord de partenariat et des obligations qui en découlent. La coordination doit être de principe entre ministres concernés : ministres de la Coopération au développement (ou équivalent) et autres ministres dont la compétence sectorielle peut avoir une incidence sur la coopération au développement. Ainsi, en est-il plus particulièrement des ministres de l'Agriculture, de la Pêche, du Commerce extérieur…, et, bien évidemment, des ministres des Affaires étrangères ou des Affaires européennes, compte tenu de leur vocation à siéger au Conseil Affaires générales.

Enfin, sur un plan vertical, avant d'appréhender le partenaire ACP, et d'ouvrir la voie à toute coopération décentralisée au sein d'un Etat ACP, tout Etat membre est en droit de dresser le cadre partenarial de déploiement coordonné de ses propres collectivités territoriales, de ses ONG, et en général, des membres de la société civile qui lui sont rattachés.

b) La coordination des acteurs ACP du partenariat

Parallèlement, la coordination des acteurs ACP s'impose à des niveaux comparables.

La coordination s'impose entre Etats ACP afin d'harmoniser le point de vue de leurs représentants, notamment au sein des institutions paritaires.

La coordination sera également de règle au sein des organisations d'intégration régionale créées ou consolidées dans le cadre de l'accord de partenariat, sur la base d'accords de partenariat économiques régionaux (APER), et appelées à exercer leurs compétences en relation avec le partenaire européen.

La coordination devrait enfin être de règle pour les collectivités infraétatiques de chaque Etat et pour la société civile qui est la sienne. La bonne gestion des affaires publiques l'impose. Cohérence oblige ! La coordination des acteurs est d'ailleurs la meilleure garantie d'une cohérence entre politiques.

B. La cohérence des politiques

La coopération loyale et, surtout, la coordination des acteurs n'ont de sens que si elles sont fondées sur une complémentarité des politiques et si elles la confortent. Les politiques, quel que soit leur niveau d'expression, doivent être compatibles et complémentaires : c'est vrai au niveau de la partie contractante européenne en vue d'appréhender le partenariat ; c'est vrai également dans la traduction du partenariat lui-même à laquelle concourent les diverses coopérations des parties contractantes ACP et CE – Etats membres..

1. Le principe de complémentarité et les politiques de la partie européenne

La complémentarité est verticale dans la relation entre politiques de coopération au développement de la CE et celles des Etats membres, dans l'approche européenne du partenariat. Elle est horizontale dans la relation entre politiques communautaires concourant à l'approche externe et à la mise en œuvre du partenariat par la Communauté européenne.

a) La complémentarité verticale

Inscrite dans le traité CE, la complémentarité caractérise la relation verticale de la politique de la CE dans le domaine de la coopération au développement et celles qui sont menées par les Etats membres [32]. C'est dans cette perspective et à la lumière de ce principe que doit être appréhendée la contribution de la CE au partenariat avec les ACP.

La complémentarité est ainsi une expression concrète et modulée du « principe de subsidiarité » énoncé par le traité d'Union [33] et explicité par le traité CE [34]. La CE doit donc être respectueuse de la compétence des Etats membres, et exercer sa propre compétence, conformément aux objectifs du traité CE, à la lumière du principe de complémentarité. L'étendue de la complémentarité est explicitée par les termes mêmes de l'accord de partenariat, à la lumière de ses propres objectifs et principes. Ces derniers en structurent l'interprétation et l'exécution. La complémentarité peut cependant être focalisée à l'avantage de la CE en fonction notamment de l'objectif de « réduction de la pauvreté » et de l'insertion des ACP dans le commerce mondial, ainsi que des « principes fondamentaux » qui y concourent, et des principes d'action qui en jalonnent l'exécution sous le signe de la cohérence.

b) La complémentarité horizontale

La complémentarité peut être perçue comme une expression particulière de l'obligation de « cohérence » [35], en tant qu'elle vise l'« ensemble de l'action extérieure (de l'Union) dans le domaine de ses politiques, en matière de relations extérieures, de sécurité, d'économie et de développement ».

« La cohérence » ne figure pas parmi les objectifs de l'UE, mais immédiatement après, à une place où figurent habituellement « les principes », et avant des dispositions qui posent elles-mêmes des principes : principe d'attribution (article 5), principes fondateurs communs aux Etats membres,… principes généraux du droit communautaire, … principes de base de l'Union (article 6).

La cohérence est ainsi campée comme un principe opposable aux politiques externes : la politique commerciale extérieure commune (elle-même appréhendée de manière globale et cohérente dans l'accord), la politique de coopération au développement à l'égard des pays en développement en général, ACP ou non, la politique d'association ou de partenariat, notamment à l'égard des Etats ACP, mais aussi le volet externe des politiques communautaires (PAC, politique commune des pêches…). Toutes ces politiques doivent être conduites de manière complémentaire, qu'elles se situent en amont de l'exécution de l'accord de partenariat, lorsqu'il s'agit d'en définir les termes, ou en aval, lorsqu'il s'agit de procéder à son exécution en évitant les contradictions. La même complémentarité s'impose, que ces politiques s'expriment au sein de l'Union européenne, sur la scène internationale, ou, surtout, au sein d'organisations internationales où la CE doit assurer et « garantir la cohérence entre libéralisation commerciale (OMC), assistance et coopération financière (institutions de Bretton Woods) et normalisation liée au développement durable (environnement, OIT, Codex alimentarius), etc. » [36].

La même cohérence est transposée dans le cadre de l'accord de partenariat, lorsque la CE, sur la base de ses compétences et au titre des objectifs de l'accord,

envisage de prendre une mesure susceptible d'affecter les intérêts des Etats ACP. Plusieurs procédures sont prévues à cet effet [37] :

— l'« information » des ACP sur les mesures susceptibles de les affecter au regard des objectifs de l'accord ;
— les « consultations » à bref délai, avant la décision finale, afin qu'il puisse être tenu compte tenu des préoccupations des Etats ACP ;
— la « communication » écrite de suggestions de modifications de la part des Etats ACP ;
— l'« information » motivée et rapide de la suite donnée aux observations des Etats ACP et l'information adéquate sur l'entrée en vigueur des décisions.

2. Le principe de complémentarité et les coopérations entre parties au partenariat

Le partenariat repose sur une complémentarité fondamentale des stratégies de développement, ainsi que des coopérations de développement qui en découlent, d'une part, et de la coopération économique et commerciale, d'autre part. Celles-ci, ainsi qu'en témoigne l'accord de partenariat lui-même, sont « interdépendantes et complémentaires » [38].

L'innovation majeure est sans aucun doute l'acceptation à terme de l'intégration de l'économie des ACP dans l'économie mondiale, mais d'une manière tout aussi originale, la mondialisation doit faire l'objet d'une gestion cohérente, dans le cadre d'une stratégie de développement appropriée au niveau local.

a) La coopération économique et commerciale en vue d'une intégration progressive et harmonieuse dans l'économie mondiale

Les signataires de l'accord de Cotonou ont accepté d'intégrer les enjeux de la mondialisation. La coopération économique et commerciale dans le cadre d'un partenariat est conçue dans la perspective d'une « intégration progressive et harmonieuse des Etats ACP dans l'économie mondiale » [39]. Une « nouvelle dynamique d'échanges » doit renforcer la compétitivité des Etats ACP et attirer les investisseurs directs, *a fortiori* si les ACP se regroupent sur une base régionale. L'intégration régionale [40] est en effet considérée comme un « instrument clé » de l'intégration dans l'économie mondiale [41]. Elle a en effet l'avantage d'introduire une flexibilité et une différenciation dans les règles de l'OMC.

b) La gestion cohérente de la mondialisation par des stratégies de développement

Les partenaires ont estimé nécessaire de gérer l'impact de la mondialisation grâce à des stratégies de développement conçues et applicables au niveau approprié. Les stratégies de développement sont elles-mêmes des stratégies intégrées qui combinent les composantes économique, sociale, culturelle, environnementale et institutionnelle du développement. Comme telles, elles sont applicables au « niveau local » [42], niveau désormais privilégié par l'accord, et, de ce fait, logiquement éligibles à un financement spécifique.

La coopération partenariale au développement se caractérise par une approche cohérente. Elle fournit « un cadre *cohérent* d'appui aux stratégies de développement

des pays ACP, assurant la complémentarité et l'interaction entre les diverses composantes » [43]. Elle érige le développement durable en « principe » à portée sectorielle multiple, visant toutes les politiques ayant un impact sur tous les pays en développement. Elle intègre « le principe d'une gestion durable de l'environnement dans tous les aspects de la coopération » [44]. Elle assure aussi une prise en compte systématique des questions liées au genre, égalité hommes-femmes [45]. Enfin, la promotion et la protection de la démocratie, des droits de l'homme, de l'Etat de droit et un renforcement des capacités des partenaires, notamment en vue d'une amélioration significative de l'efficacité des services publics [46], constituent autant d'exigences qui sous-tendent de façon cohérente toutes les coopérations. Encore faut-il que l'approche intégrée soit accompagnée d'un financement « cohérent », c'est-à-dire approprié à la situation et aux besoins des partenaires et ordonné de manière rationnelle et efficace.

C. La cohérence des instruments

Le financement du développement est la conséquence logique des objectifs et « principes fondamentaux » que les parties contractantes se sont assignés. « La coopération pour le financement reflète un partenariat fondé sur des droits et des obligations mutuels » et mis en œuvre dans le respect de l'égalité des partenaires. Plus particulièrement, le financement doit avoir lieu dans le respect des stratégies et priorités de développement arrêtées par les Etats ACP au niveau mondial, régional et local, en vue d'une appropriation différenciée par les Etats et surtout par leurs populations. Mobilisation des acteurs et des ressources vont de pair. De leur côté, la CE et plus particulièrement les Etats membres, principaux bailleurs de fonds, doivent s'engager dans le respect de leurs engagements précédents, c'est-à-dire dans le respect de l'« acquis de Lomé », premier gage de sécurité pour l'avenir. A l'avenir, chaque protocole financier devra donner la mesure prévisible d'un engagement financier adapté aux caractéristiques des ACP et respectueux de leur nécessaire « différenciation ». La cohérence financière doit également être le reflet d'une cohérence globale. Là est la clé de l'efficacité des actions financées. Sur cette base, plusieurs « principes », au sens de l'accord de Cotonou lui-même, peuvent témoigner de la volonté d'instaurer un financement cohérent.

1. Le principe de mobilisation des acteurs et des ressources

« La coopération pour le financement du développement vise à promouvoir l'appropriation locale à tous les niveaux de développement » [47]. Or, l'« appropriation », « principe fondamental », n'est pas concevable sans « mobilisation » des acteurs et des ressources.

« L'appropriation » passe par les Etats, au nom du principe d'égalité des partenaires, mais elle dépasse les Etats et vise en effet les populations. Celles-ci doivent pouvoir s'exprimer par l'intermédiaire de leurs représentants dans des collectivités territoriales infra-étatiques, dont les collectivités locales [48]. Elles peuvent également agir en tant que telles, au titre de la société civile [49]. Les acteurs non gouvernementaux éligibles à un financement dont la liste est largement ouverte [50], « peuvent » en effet « avoir la responsabilité de proposer et de mettre en œuvre des programmes et projets dans les domaines qui les concernent » [51]. Tous les acteurs sont

donc invités à maîtriser leur développement et à en assurer le cofinancement à leur mesure et selon des modalités qui leur sont propres.

De façon cohérente, la coopération financière soutient :

— « le financement de microréalisations au niveau local qui ont un impact sur la vie des populations, répondent à un besoin prioritaire et constaté, et sont mises en œuvre à l'initiative et avec la participation active de la collectivité locale bénéficiaire » ;
— « le financement de la coopération décentralisée, en particulier lorsqu'elle associe les efforts et les moyens d'organisation des Etats ACP et de leurs homologues de la Communauté. Cette forme de coopération permet la *mobilisation* des compétences, de modes d'action novateurs et des ressources des acteurs de coopération décentralisée ».

On remarquera en effet que, si le financement de microréalisations est assuré notamment par le FED à concurrence maximale des trois quarts, le solde est financé [52] :

— ou « par la collectivité locale concernée dans le cas de microréalisations sous forme de contributions en nature, de prestations de service, ou en espèces en fonction de ses possibilités »,
— ou « par les acteurs de la coopération décentralisée à condition que les mesures financières, techniques, matérielles ou autres mises à disposition par ces acteurs ne soient pas, en règle générale inférieures à 25% du coût estimé du projet ou du programme » [53].

Une gestion intéressée et responsable doit donc consolider l'« appropriation » du processus de développement par les populations locales. Elle constitue un préalable à l'intervention conjuguée de la CE et de ses Etats membres et ouvre la voie à la prévisibilité d'un financement assuré dans la sécurité sur la base de l'« acquis », dit de Lomé.

2. Le principe de sécurité et de prévisibilité

Dans la ligne des conventions de Lomé et de l'accord de Maurice, le montant global des concours financiers de la CE et de ses Etats membres est fixé par l'accord de Cotonou à quinze milliards deux cents millions d'euros [54] pour une période de cinq ans. Il s'agit d'un niveau comparable aux engagements antérieurs, en dépit d'un engagement accru à l'égard des pays candidats à l'admission dans le cadre de stratégies de pré-adhésion, et à l'égard de l'ensemble des Balkans occidentaux (Croatie, Macédoine, Serbie-Montenegro, Bosnie… et Albanie, appréhendés sur la base d'accords de stabilisation – association) en vue d'aider leurs composantes après leur affrontements successifs, ainsi que du maintien d'une coopération financière à l'égard des pays tiers méditerranéens. Le respect de l'« acquis de Lomé » érigé pratiquement en principe a donc permis de garantir une certaine « cohérence » entre les politiques externes de la CE et de ses Etats membres, membres de l'Union. Partant de là, la coopération a pu être envisagée dans la sécurité financière d'une enveloppe globale, et les conditions d'une prévisibilité spécifique, propre à chaque Etat, ont pu être assurées.

La « programmation » nationale dans chaque Etat partenaire répond à ce souci de prévisibilité en toute sécurité. En effet, « les actions financées par des subventions dans le cadre du présent accord (de partenariat) doivent être programmées au début de la période couverte par le protocole financier ». A cet effet, on entend (notamment) par programmation :

a) « la préparation et le développement d'une stratégie de coopération (SC) basée sur les objectifs et stratégies de développement à moyen terme du pays lui-même » ;
b) « une indication claire par la CE de l'enveloppe financière programmable indicative dont le pays peut disposer au cours d'une période de cinq ans, ainsi que de toute autre information utile » [55]. « Chaque stratégie de coopération doit être adaptée aux besoins et répondre à la situation spécifique de l'Etat ACP concerné » [56]…

« La stratégie de coopération comporte en particulier :

a) une analyse du contexte ;
b) un descriptif détaillé de la stratégie de développement à moyen terme du pays, des priorités clairement définies et des besoins de financement prévus ;
c) une description des plans d'action et d'autres donateurs présents dans le pays, notamment ceux des Etats membres de l'Union européenne en leur qualité de donateurs bilatéraux » [57].

La lecture de l'accord de partenariat, du protocole financier, et, en particulier, de son annexe IV, laisse transparaître un souci partagé par les partenaires de coopérer dans le temps, mais en le maîtrisant. A l'étalement dans le temps, doit correspondre une régularité des apports de ressources. Sécurité et prévisibilité doivent se conjuguer de façon cohérente, tandis que la prévisibilité doit se concilier avec adaptation et flexibilité.

3. Le principe d'adaptation et de flexibilité

L'adaptation à la spécificité de chaque Etat ACP est de règle dans la coopération, et plus particulièrement dans la coopération pour le financement.

Selon une disposition générale en matière de financement : « La coopération pour le financement est mise en œuvre sur la base des objectifs, stratégies et priorités de développement arrêtées par les Etats ACP au niveau national et régional, en conformité avec ceux-ci. Il est tenu compte des caractéristiques géographiques, sociales, culturelles, respectives de ces Etats, ainsi que de leurs potentialités particulières » [58].

La coopération, en conséquence, est par « principe » « *flexible* et *adaptée* à la situation de chaque Etat ACP ainsi qu'à la nature spécifique du projet ou programme d'action concerné » [59].

Or, la programmation nationale est elle-même conçue en fonction d'une stratégie de coopération qui est adaptée aux besoins et répond à la situation spécifique de l'Etat concerné [60].

Par « principe », dans un souci d'adaptation, la coopération assure toutefois « un traitement particulier en faveur des pays ACP les moins avancés et tient dûment compte de la vulnérabilité des pays ACP enclavés et insulaires. Elle prend aussi en considération les besoins des pays en situation de post-conflit [61]. Très logiquement,

la « différenciation », en tant que principe fondamental, commande bien le régime financier de la coopération, et, inversement, celui-ci lui donne corps.

L'allocation des ressources est conçue dans ce double état d'esprit. Ainsi constate-t-on qu'elle est fondée sur une évaluation des besoins, y compris au vu des « performances », un traitement spécial étant cependant accordé aux Etats ACP les moins développés et les plus vulnérables [62].

Toutes ces observations sont transposables à l'échelle régionale, lorsque la coopération porte sur des actions qui impliquent deux ou plusieurs Etats ACP et, éventuellement des DOM-TOM [63]. La logique du développement régional transcende l'appartenance de certains territoires et de leurs populations à tel ou tel Etat membre.

L'obligation faite aux Etats ACP et à la CE d'assurer conjointement « l'exécution adéquate, rapide et efficace des projets et programmes » [64] implique une efficacité de principe de la coopération pour le financement du développement.

4. Le principe d'efficacité

La coopération pour le financement du développement « garantit *l'efficacité*, la coordination et la *cohérence* des actions » [65]. L'efficacité de l'aide, tant souhaitée mais jamais confirmée, est désormais érigée en principe mais demeure tributaire des deux autres paramètres.

L'efficacité financière ne saurait être effective sans coordination des actions et de leurs auteurs. De manière plus générale, elle ne peut être garantie sans cohérence des actions. Principe général d'action, la cohérence s'impose en particulier pour la coopération financière en vue du développement dont elle conforte l'efficacité.

Déjà, en pleine négociation, la Commission réclamait : « une action plus cohérente des différents organismes bailleurs de fonds opérant dans le domaine du développement (…) indispensable pour accroître l'impact de la coopération » [66] et appréciait les premières initiatives en vue de « mettre en place des cadres cohérents pour une coopération efficace entre les donateurs, parmi lesquels les institutions internationales » [67], surtout lorsqu'elles jouent un rôle majeur en matière d'ajustement structurel. Plus encore, face à la multiplication des instruments financiers au gré des renouvellements de la convention de Lomé, il devenait urgent de procéder à une rationalisation des instruments. Les signataires de l'accord de Cotonou ont opté pour la simplification et l'efficacité ; ils ont en effet remplacé la dizaine d'instruments antérieurs par deux instruments. L'accord de partenariat crée, d'une part, une enveloppe de soutien au développement à long terme, comportant une allocation initiale et une allocation supplémentaire destinée à couvrir des besoins imprévus, d'autre part, un instrument au service du secteur privé : la facilité d'investissement, dont la gestion est assurée par la BEI. Le système a pour avantage de permettre au bénéficiaire d'arrêter sa stratégie de développement de façon cohérente.

Ainsi, le pays ACP n'est plus obligé de mouler sa propre stratégie en fonction d'impératifs disparates préétablis des divers instruments du FED. La programmation des fonds est conçue dans le même esprit et avec un souci évident d' « appropriation » par chaque Etat ACP et sa population. La souplesse de la programmation favorise en effet l'adaptation à chaque Etat et autorise une flexibilité des ressources inutilisées du FED. On notera néanmoins que : « l'aide budgétaire directe en appui aux réformes

macroéconomiques ou sectorielles est accordée (…) lorsque la gestion des dépenses publiques est suffisamment transparente, fiable et efficace » [68]. Dans le même esprit, dans l'hypothèse de financements conjoints ou parallèles, la préférence est donnée à la formule la plus appropriée du point de vue coût (…) et de l'efficacité » [69]. L'évaluation de l'utilisation des fonds pourrait néanmoins s'avérer le gage le plus cohérent de l'efficacité du financement de la coopération au développement. Elle est même le corollaire obligé de l'efficacité, indépendamment des zones géographiques concernées, quelle que soit l'identité des ACP.

Le protocole financier prévoit expressément [70] :

> « Avant l'expiration du présent protocole financier, les parties évalueront le degré de réalisation des engagements et des décaissements. Cette évaluation servira de base pour réévaluer le montant global des ressources ainsi que pour évaluer les nouvelles ressources nécessaires au soutien de la coopération financière au titre du présent accord ».

Le message est clair : pas de coopération, c'est-à-dire pas d'allocation des ressources, sans évaluation non seulement des « engagements », mais aussi des « décaissements ». L'évaluation permettra d'apprécier le montant des reliquats susceptibles d'être transférés d'un FED à l'autre et de fixer le montant de l'assistance financière nouvelle.

Les allocations de ressources sont tributaires des « performances ». Or, celles-ci « sont évaluées de façon objective et transparente sur la base des paramètres suivants : état d'avancement de la mise en œuvre des réformes institutionnelles, performances du pays en matière d'utilisation des ressources, mise en œuvre des opérations en cours, atténuation ou réduction de la pauvreté, mesures de développement durable et performances en matière de politique macroéconomique et sectorielle » [71].

L'évaluation ne saurait donc être assimilée à une seule expertise comptable. Elle doit être entreprise au regard de la cohérence en tant que principe général d'action au regard des principes fondamentaux de la coopération, et au regard des objectifs du partenariat (éradication de la pauvreté, développement durable…).

Rien ne saurait cependant être figé. Au contraire, « la coopération financière doit être suffisamment souple pour assurer l'adéquation permanente des actions aux objectifs du présent accord et pour tenir compte des modifications pouvant intervenir dans la situation économique, les priorités et les objectifs de l'Etat ACP concerné ». Pour ce faire, l'ordonnateur national de l'Etat ACP et le chef de la Délégation de la CE « procèdent annuellement à une revue opérationnelle du programme indicatif (…) et à mi-parcours et à la fin, à une revue de la stratégie de coopération et du programme indicatif, compte tenu des besoins actualisés et des performances » [72].

La sanction (positive ou négative) est désormais connue : « A la suite de la réalisation des revues à mi-parcours et en fin de parcours, la Communauté peut revoir la dotation, compte tenu des besoins actualisés et des performances de l'Etat ACP concerné » [73] ou des Etats appréhendés à une échelle régionale [74].

Un principe d'efficacité inspire bien tout le système et invite à la coordination des acteurs, partenaires, quel que soit leur champ d'action. La cohérence, au regard des objectifs et des principes fondamentaux, est bien la clé de la réussite.

La pratique devrait permettre de conclure ou non à l'adéquation des principes d'une action cohérente avec les principes fondamentaux. Dans l'hypothèse d'une conformité des principes pour une action cohérente avec les principes fondamentaux sous le signe d'une quête de cohésion, il devrait être alors possible d'identifier un système partenarial original, à la mesure des ambitions des partenaires et des objectifs qu'ils se sont assignés. Il sera alors possible d'identifier un « système » dit « de Cotonou ».

Notes

[1] *JOCE*, n° L 317, 15 décembre 2000, p. 3. Le texte officiel de l'accord a été publié en annexe d'une décision du Conseil des ministres ACP – CE du 27 juillet 2000 concernant des mesures transitoires applicables du 2 août 2000 jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de partenariat. Or, celle-ci n'est intervenue que le 1er avril 2003. L'accord de partenariat étant un accord mixte, sa ratification par les quinze Etats membres est indispensable, sans compter sa conclusion par le Conseil de la CE après avis conforme du Parlement européen. A la date du 27 mai 2002, seulement six Etats membres de l'Union européenne, ont procédé à la notification de leur ratification (Danemark, Royaume-Uni, Suède, Finlande, et France). En revanche, 51 Etats ACP sur 77, c'est-à-dire la majorité des deux tiers exigée par l'accord de Cotonou, ont notifié leur ratification (*Agence Europe*, Bulletin quotidien Europe n° 8219, 27-28 mai 2002). Incohérence de la partie européenne ! La Convention européenne sur l'avenir de l'Union serait bien inspirée de proposer la substitution de la majorité des deux tiers à l'unanimité ! La « cohérence » serait encore plus grande si le financement de la coopération apparaissait à l'avenir dans le budget de l'Union européenne… et si le « dialogue politique » relevait d'une compétence commune de l'Union européenne. La procédure serait alors en harmonie avec le discours sur la cohérence. Pour une présentation générale de l'accord, *Courrier ACP*, Union européenne, numéro spécial, septembre 2000, Commission européenne, DG Développement.

[2] Article 1er, al. 1.

[3] Article 11, par. 1er. Voy. A. Bellayer-Roille, « Le principe de partenariat stratégique au service de la paix », rapport au colloque de Schoelcher (Martinique), janvier 2001, à paraître, *in* D. Perrot, *Les relations Afrique – Caraïbes – Pacifique (ACP) Union européenne après le modèle de Lomé : quel partenariat ?*, Bruxelles, Bruylant, à paraître, 1er semestre 2003.

[4] Article 11, par. 2.

[5] C'est, semble-t-il, dans cet esprit de « cohérence », et avec la préoccupation première de restaurer la paix, que l'Union européenne et ses Etats membres ont appréhendé la succession de Laurent Désiré Kabila, président de la République démocratique du Congo, mort assassiné, au profit de son fils Joseph Kabila. Voir notamment la position commune du Conseil du 29 janvier 2001 concernant le soutien de l'Union européenne à la mise en œuvre de l'accord sur le cessez-le-feu de Lusaka et du processus de paix en République démocratique du Congo. *JOCE*, n° L 29, 31 janvier 2001, p. 1, et *Rapport général de la Commission 2001*, p. 382, n° 1121.

[6] Article 3 UE. Le Conseil de l'Union européenne en a tiré les conséquences en adoptant le 14 mai 2001 une position commune sur la prévention, la gestion et le règlement des conflits, *JOCE*, n° L 132, 15 mai 2001, p. 3.

[7] Article 2, premier tiret.

[8] Article 1er, al. 2.

[9] Le problème est d'une acuité et d'une actualité d'autant plus grandes que la moitié des Etats ACP figurent parmi les pays les moins avancés (annexe VI de l'accord) et que la part des importations de l'Union européenne en provenance des ACP a diminué de près de la moitié tandis que les importations en provenance des pays tiers méditerranéens et d'Amérique latine et plus encore d'Asie n'ont cessé d'augmenter régulièrement chaque année

[10] Article 2, intitulé « principes fondamentaux ».Voy., sur ce sujet, J. Raux, « Les principes structurants de l'accord de partenariat ACP/CE et des Etats membres de l'Union européenne », *in* D. Perrot, *op. cit*.

[11] Article 1, al. 3 *in fine*.

[12] Article 20, intitulé « approche ».

[13] Article 2, premier tiret et article 9, par. 2, 4e al. La violation d'un « élément essentiel » peut conduire à l'adoption de « mesures appropriées », y compris la suspension de l'accord, conformément à l'article 96 de l'accord de Cotonou, ayant fait l'objet d'une décision d'application provisoire. Le Conseil de l'Union européenne fait expressément référence à cette disposition de l'accord dans la position commune du 18 février 2002 en vue de l'adoption de « mesures restrictives » à l'égard du Zimbabwe, *JOCE*, n° L 50, 21 février 2002, p. 1.

[14] Article 9, par. 2, al. 4.

[15] Articles 12, 20, 22, 29, 49, 56.

[16] Article 5.

[17] Article 9, par. 4, al. 3.

[18] Article 3 *in fine*.

[19] Article 19.

[20] Article 34.

[21] Article 55.

[22] Article 18.

[23] Article 19 ou 34, p. 4 et 36, par. 4.

[24] *JOCE*, n° L 50, 21 février 2002, p. 1.

[25] Article 2, 3e tiret.

[26] *JOCE*, n° L 303, 20 novembre 2001, p. 1.

[27] Voy. le titre même de l'accord.

[28] Voy., par exemple, les articles 5, 9, 16, 17, 19, 20, 21, 75, 77, 81, 93, 94…

[29] Voy. *infra* B, 1, a) et communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la complémentarité entre la politique de coopération au développement de la Communauté et celles des Etats membres, COM (95) 160, 3 mai 1995.

[30] Voy., notamment, les articles 4 et 5, *JOCE*, n° L 132, 15 mai 2001, p. 4.

[31] *JOCE*, n° L 317, 15 décembre 2000, p. 355 et 376.

[32] Article 177 CE (ex-article 130 Y CE), et, concrètement, l'article 180 CE selon lequel : « la Communauté et les Etats membres coordonnent leurs politiques en matière de coopération au développement et se concertent sur leurs programmes d'aide ».

[33] Article 2 UE *in fine*.

[34] Article 3 CE.

[35] Article 3 UE.

[36] COM (2000) 212 final, précité, p.14.

[37] Voy. l'article 12, intitulé : « Cohérence des politiques communautaires et incidence sur l'application de l'accord de partenariat ».

[38] Article 18.

[39] Article 34 par. 1. Voir à ce sujet J. Lebullenger, « Le régime commercial post-Lomé confronté aux règles du GATT de 1994 », rapport au colloque de Schoelcher (Martinique), janvier 2001, *in* D. Perrot, *op. cit.*, à paraître en 2003 ; et « Les dispositions commerciales de l'accord de partenariat ACP/CE de Cotonou confrontées aux règles de l'OMC », *RAE*, 2001/1, p. 1 à 7.

[40] Articles 28, 29, 30.

[41] Article 35, par. 2.

[42] Article 20, par. 1.

[43] *Ibid*.

[44] Article 31.

[45] Article 32.

[46] Article 33, par. 3.

[47] Article 56, par. 1, a.

[48] Article 58, par. 1 combiné avec l'article 57, par. 2.

[49] Article 58, par. 2, combiné avec l'article 57, par. 2.

[50] Article 58 (globalement).

[51] Article 57, par. 3.

[52] Article 71, par. 2.

[53] Ou, à titre exceptionnel, par l'Etat ACP.

[54] Protocole financier, annexe I à l'accord, par. 1. La ventilation est prévue par le même protocole : au bénéfice du neuvième FED à hauteur de treize mille cinq cents millions d'euros sous forme notamment d'aides non remboursables, soit pour un soutien du développement à long terme (dix milliards d'euros), soit pour le financement de l'appui à la coopération et à l'intégration régionale des Etats ACP (mille trois cents millions d'euros) ; au bénéfice de la BEI, pour un montant de mille sept cents millions d'euros, sous forme de prêts sur ses ressources propres. Témoignage de la réalité de « l'acquis de Lomé », les reliquats des FED antérieurs à la date de l'entrée en vigueur du protocole financier seront transférés au neuvième FED.

[55] Annexe IV, procédures de mise en œuvre et de gestion, article 1 a) et b).

[56] Annexe IV, article 2.

[57] Annexe IV, article 2 , a), b), c).

[58] Article 56, par. 1er, premier alinéa, c'est nous qui soulignons.

[59] Article 56, par. 1er, alinéa d).

[60] Annexe IV à l'accord, relative aux procédures de mise en œuvre et de gestion, article 2, premier alinéa,

[61] Article 2, par. 4 ; article 56, par. 2 ; notamment, article 84, par. 1er. La liste des Etats ACP les moins développés, enclavés ou insulaires figure à l'annexe VI à l'accord.

[62] Article 3, par. 1er de l'annexe IV à l'accord.

[63] Article 28 ; chapitre II de l'annexe IV à l'accord, notamment, article 6.

[64] Article 57, par. 4, f.

[65] Article 56 (« Les principes »), par. 1, e, c'est nous qui soulignons.

[66] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la politique du développement de la Communauté européenne du 26 avril 2000, COM (2000) 212 final, page 10.

[67] *Ibid*., p. 11.

[68] Article 61, par. 2, a).

[69] Article 65, par. 3.

[70] Annexe I, par. 7.

[71] Annexe I, article 3, par. 1er, b).

[72] Annexe IV, article 5, par. 1er et article 11.

[73] Annexe IV, article 5, par. 7.

[74] Annexe IV, article 11 *in fine*.

Vers des coopérations renforcées dans la politique européenne de sécurité et de défense ?

Eric Remacle

La politique européenne de sécurité et de défense (PESD) constitue l'un des développements les plus récents de l'intégration politique européenne[*]. Elle concentre en elle nombre de controverses relatives au sens du projet européen, puisqu'elle se situe à l'intersection de plusieurs clivages : intergouvernementalistes vs supranationalistes, atlantistes vs partisans de l'Europe-puissance, interventionnistes vs neutralistes, tenants de la primauté de l'ONU vs promoteurs du « droit d'ingérence » pour les puissances occidentales.

Depuis les années cinquante, les fédéralistes européens – auxquels se rattache la contribution intellectuelle de Jean-Victor Louis [1] –, concevaient l'Europe militaire comme la condition même d'une union politique volontariste. C'est ce que d'aucuns ont baptisé l'option « *defense first* » pour l'unification politique de l'Europe [2]. Peut-être se concrétisera-t-elle dans le cadre constitutionnel en préparation à la Convention, il est trop tôt pour le dire à l'heure où les présentes lignes sont écrites.

Nombre d'analystes pensent plutôt que l'intégration militaire constitue l'aboutissement d'un processus d'intégration de proche en proche conforme à la théorie néofonctionnaliste (option « *defense last* ») [3].

Pour les uns, les spécificités voire les difficultés d'émergence d'une PESD ne découleraient que d'un manque de volonté politique, pour les autres d'obstacles fonctionnels. A notre sens, ces deux types d'explication se révèlent insuffisants, car ils ne prennent pas assez en considération ni les dimensions *structurelles* du dossier de la politique de défense, ni ses aspects de *culture politique* qui, en dernier ressort, renvoient à la définition que les peuples donnent de leur propre identité et de leur souveraineté.

Plutôt qu'une focalisation sur les progrès en termes d'intégration, on se permettra dès lors d'explorer les raisons de la grande diversité qui subsiste dans ce domaine et

qui s'est transposée sur le plan institutionnel dans le débat autour de l'introduction d'une clause de coopération renforcée en PESD. Dès lors le présent article rappellera dans un premier temps les étapes du processus d'émergence de la PESD, la problématique de la coopération renforcée et les spécificités du dossier en matière de défense qui reflètent une diversité interne d'une nature différente des autres politiques de l'Union.

A. La lente émergence de la PESD

Après le long silence relatif à ce dossier suite à l'échec de la Communauté européenne de défense en 1954, puis son exclusion explicite du champ de la Coopération politique européenne dans la formulation du titre III, article 30 de l'Acte unique européen, le traité de Maastricht de 1992 rouvrait la possibilité que se développe une compétence militaire pour l'Union, en inscrivant celle-ci dans l'article J 4 du traité sur l'Union européenne (les articles J à J 11 du traité sur l'Union européenne ont été remplacés par les articles 11 UE et 28 UE) [4].

Cette évolution restait néanmoins limitée par quatre contraintes, qui illustraient parfaitement la difficulté du compromis atteint à Maastricht. Premièrement, la politique de défense commune (PDC) n'était envisagée qu'à terme, en tant qu'aboutissement de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). En second lieu, il ne s'agissait que d'une consultation politique sur la défense, la « défense commune », c'est-à-dire la mise en commun des moyens militaires, restant toujours placée au conditionnel à la demande tant des gouvernements atlantistes menés par Londres que des pays neutres. Troisièmement, c'est une autre organisation internationale, l'Union de l'Europe occidentale (UEO) qui était chargée d'élaborer et de mettre en œuvre cette politique, sur la base de l'établissement d'une relation avec l'Union européenne certes institutionnalisée, mais caractérisée par une telle autonomie et des procédures à ce point byzantines qu'elles laissèrent bien des experts et des décideurs sur leur faim [5]. Enfin, dès Maastricht, le traité insiste sur la nécessité que les efforts de coordination diplomatique et militaire de l'Union soient compatibles avec la politique de sécurité et de défense de l'OTAN et ne remettent pas en cause les spécificités des politiques nationales des Etats membres [6]. Malgré les développements de la PESC durant les années 1990 et l'activité intensive de l'UEO en parallèle pour mettre sur pied des outils opérationnels européens adéquats et établir les passerelles nécessaires avec l'OTAN, le dispositif de Maastricht a été généralement jugé trop lourd pour favoriser l'émergence d'une volonté politique de développement d'opérations militaires européennes conjointes. Durant les années 1990, malgré une rhétorique européiste assez forte, notamment durant les conflits des Balkans, les dirigeants des Etats membres ont préféré s'en remettre aux Nations unies, à l'OTAN ou à des coalitions *ad hoc* pour ce type de circonstances – sans oublier l'*opting-out* du Danemark qui constituait un refus explicite de participer à la PDC.

Le traité d'Amsterdam de 1997 a constitué une première clarification politique et juridique en la matière, rendue notamment possible par la redéfinition de l'attitude britannique à l'égard de la PESC au début du cabinet Blair [7]. Le traité lève en effet les ambiguïtés autour de la PDC puisqu'il en définit plus clairement les contours dans l'article 17.2 UE, par l'inscription dans les compétences de l'Union desdites

« missions de Petersberg », c'est-à-dire l'ensemble des actions militaires de projection de forces hors UE, à l'exception de la défense collective du territoire. En second lieu, il ouvre la voie à une évolution favorable à la création d'une défense commune en donnant la possibilité au Conseil européen de décider le passage à celle-ci, même si le double verrou de l'unanimité et des ratifications constitutionnelles nationales rend cette option toujours théorique. Pour ce qui concerne la troisième contrainte évoquée, à savoir la relation complexe avec l'UEO, le traité d'Amsterdam renforce la subordination de l'UEO au Conseil européen sans que cette disposition ait pour autant de grand impact concret. Enfin, Amsterdam maintient la référence à l'OTAN et aux politiques nationales, ce que confirme le fait que les questions de défense ne peuvent être traitées sur la base de la procédure dite de l'abstention constructive instaurée pour la PESC dans ce même traité.

Le passage à la PESD et son inscription dans le traité de Nice en 2000 ont résulté d'une nouvelle évolution britannique en faveur d'une capacité militaire européenne qui puisse intervenir dans des crises internationales, aux côtés des Etats-Unis et en pleine intégration dans l'OTAN. Inspirée par la crise du Kosovo, cette vision britannique d'une Europe « *superpower, not super-state* » a dès lors pu converger avec le choix français à long terme d'une « Europe-puissance », comme l'a reconnu le Sommet Chirac-Blair de Saint-Malo en décembre 1998. Celui-ci a ouvert la voie aux décisions successives amenant à la création de la PESD, comme volet politico-militaire de la PESD, qui résulte des Conseils européens de Cologne, Helsinki, Feira et Nice en 1999-2000, et du Conseil ministériel de l'UEO de Marseille en 2000. Pour ce faire, les deuxième et troisième obstacles à une compétence militaire de l'Union évoqués ci-avant se voient levés, par la mise en sommeil des instances politiques de l'UEO et le transfert de ses compétences et de la plupart de ses moyens vers le Secrétariat général du Conseil de l'Union (l'article 17 UE ne se référant plus du tout à l'UEO à partir du traité de Nice), par l'implication progressive des ministres de la Défense dans le Conseil Affaires générales et Relations extérieures, par la création d'organes politico-militaires permanents de la PESD (Comité politique et de sécurité ou COPS, Comité militaire et Etat-major de l'UE), par la définition d'un objectif militaire commun sous forme d'une capacité de réaction rapide européenne et par le cumul de la responsabilité de secrétaire général de l'UEO par le haut représentant/secrétaire général de l'UE Javier Solana [8].

Au fond, après Nice, des quatre obstacles évoqués à une compétence militaire directe de l'UE, il ne subsiste plus que le dernier, qui représente à notre sens le plus complexe, à savoir la relation à l'OTAN et les spécificités nationales des Etats membres.

Pour y faire face, le principal instrument juridique imaginé par les Etats membres, notamment dans le contexte de la Convention sur l'avenir de l'Europe présidée par Valéry Giscard d'Estaing, réside dans la possibilité d'instaurer des coopérations renforcées dans le domaine de la sécurité et de la défense. Une telle disposition n'a pas été prévue par le traité de Nice [9] – l'article 27b UE l'exclut même explicitement –, mais apparaît comme l'un des enjeux importants des discussions sur la réforme du deuxième pilier dans le cadre de la Convention et dans la perspective de l'adoption par l'Union d'un traité constitutionnel à l'horizon 2004. Tant au groupe « défense » de la

Convention présidé par Michel Barnier que dans les propositions franco-allemandes sur la réforme de l'Union, cette hypothèse figure en bonne place. Dans quelle mesure est-elle concevable ? Pourquoi se révèle-t-elle moins aisément praticable que dans d'autres politiques ?

B. Intégration différenciée, flexibilité et différentiel de puissance

Le débat sur les coopérations renforcées s'inscrit dans celui, plus large, de l'intérêt d'une intégration différenciée comme enjeu de l'approfondissement du projet européen [10]. Au départ des thèses relativement antagonistes sur la flexibilité développées au milieu des années 1990 par John Major sur l'« Europe à la carte », par Edouard Balladur sur l'« Europe des cercles concentriques » et par Karl Lamers et Wolfgang Schaüble sur le « noyau dur » [11], les traités d'Amsterdam et de Nice ont instauré un mécanisme de coopérations renforcées conçues comme moteur d'intégration et non frein à celle-ci [12]. Les dispositions parallèles sur l'Union économique et monétaire et sur l'intégration de l'acquis Schengen dans l'Union ont d'ailleurs, *mutatis mutandis*, reflété la même préoccupation.

Si, en matière de sécurité et de défense, une telle disposition n'a pas encore été intégrée, c'est essentiellement parce qu'il est plus difficile de faire correspondre d'éventuelles coopérations renforcées à cette philosophie de l'intégration différenciée. Elles pourraient en revanche refléter davantage une logique de flexibilité telle que les traités l'ont actuellement évitée dans la plupart des politiques de l'Union. Une raison principale de cette spécificité du dossier PESD réside dans le fait que la diversité qui est à l'origine du désir de coopération renforcée n'est fondamentalement pas de la même nature que les autres diversités européennes. En effet, dans la plupart des domaines de l'intégration européenne, l'hypothèse du développement des coopérations renforcées reflète une diversité interne sur le plan des politiques publiques, des législations nationales, des cultures politiques, des capacités et/ou de la volonté à harmoniser et converger.

Mais seul le domaine de la sécurité et de la défense oblige à prendre en considération le grand différentiel entre Etats membres en termes de puissance [13]. Au fond, les partisans de la coopération renforcée dans la PESD ne sont pas tant inspirés par une volonté d'intégration approfondie visant à réduire la diversité interne que par un souhait d'utiliser leurs capacités militaires pour servir de locomotive à l'ambition d'Europe-puissance [14]. En d'autres termes, le différentiel de puissance se traduit par une centralité des six grands Etats (Allemagne, Espagne, France, Italie, Pologne [15], Royaume-Uni), et surtout des plus riches d'entre eux, sans qu'il en découle un projet politique conjoint. La coopération renforcée en PESD s'appuierait dès lors davantage sur les capacités que sur une vision commune de les employer. Il est vrai que, sur le plan de l'efficacité, aucun projet militaire européen crédible ne peut se passer de l'un des grands Etats et en particulier d'un compromis entre la France et la Grande-Bretagne – comme l'a montré le Sommet de Saint-Malo de décembre 1998 qui a donné l'impulsion nécessaire à la conception de la PESD durant les mois suivants [16].

Mais cette nécessité débouche donc souvent sur deux conséquences qui ne contribuent pas à un approfondissement d'un projet politique commun. D'une part, les grandes puissances européennes sont facilement tentées par le syndrome de la

création d'un directoire. D'autre part, il suffit d'un désaccord politique significatif entre elles pour que s'enraye le processus de mise en commun des capacités. L'année 2002 en a donné la mesure, lorsque, après les premières étapes très concrètes de la définition des contributions nationales et des structures européennes de la PESD, les désaccords anglo-français sur la question du lien avec l'OTAN, de la planification et des structures de commandement, ainsi que la crise diplomatique sur l'Irak, ont littéralement paralysé la PESD. Celle-ci a trouvé certes une consolation dans la préparation de ses premières missions, à savoir les modestes opérations de police en Bosnie-Herzégovine et de surveillance et désarmement en Macédoine, en remplacement de l'ONU et de l'OTAN, mais on ne se situe guère ici qu'à la marge des ambitions affirmées à Saint-Malo et la PESD reste en tout cas dépendante d'une réconciliation entre Londres et Paris.

En d'autres termes, une diversité fondée sur le différentiel de puissance ne conduit pas à une philosophie de coopération renforcée conforme à l'esprit intégrateur, mais davantage à celle de « coopérations plus étroites » (au sens de l'article 17.4 UE), à des directoires et à un jeu d'équilibre des puissances qui peut se révéler parfois efficace (voir le Groupe de Contact pour la Yougoslavie), mais aussi souvent paralysant [17].

Pour cette raison, la place des petits et moyens Etats dans une telle équation se révèle précieuse, même s'il s'avère particulièrement périlleux de tenter de donner une définition d'un « petit » ou « moyen » Etat dans le domaine militaire [18]. En effet, les capacités et la volonté d'influence des petits sont souvent proportionnellement aussi voire davantage significatives que celles des grands : il suffit pour s'en convaincre de prendre la mesure des contributions belge et suédoise aux opérations de maintien de la paix, du rôle des Pays-Bas dans les actions militaires les plus offensives sous direction américaine (Golfe, Kosovo), ou encore de la place de l'industrie suédoise de défense dans les enjeux de création d'un marché européen de l'armement (l'avion de chasse suédois *Gripen* occupant par exemple une niche dans ce marché qui n'a rien à envier au *Rafale* français ou à l'*Eurofighter* promu par plusieurs autres Etats européens). En outre, sur le plan opérationnel, la présence des petits peut pallier le manque d'intérêt de l'un ou l'autre grand Etat pour une opération militaire. Lorsque les six grands ne sont pas tous sur la même longueur d'onde, la capacité combinée des grands n'est plus suffisante et les petits sont bienvenus, comme l'a montré l'opération *Alba* où le désintérêt britannique et allemand pour une participation à cette mission de maintien de l'ordre et de stabilisation de l'Albanie n'a pu être compensé que par une participation significative de plusieurs petits et moyens Etats au contingent dirigé par un général italien.

Outre ces raisons opérationnelles de souligner le poids des petits et moyens Etats, les raisons politiques sont encore plus significatives. Pour atteindre une large majorité apte à conduire au consensus, les grands ont besoin de se rallier les petits, tant à l'Union qu'à l'OTAN. En cas de division des grands (dans le cas de la crise irakienne de 2002-2003, l'opposition entre le couple franco-allemand et le trio anglo-italo-espagnol), le ralliement des petits devient même un enjeu considérable. Mais en l'espèce, se situe-t-on encore dans une logique de coopération renforcée permettant d'avancer dans l'intégration ou ne s'agit-il pas plutôt d'un rapport de forces destiné à forcer le destin par une décision reflétant une majorité d'Etats membres ? Quoi qu'il

en soit, il apparaît bien que, même lorsque les grands peuvent instaurer des directoires sur le plan de la gestion d'une crise internationale, ils ont intérêt à l'élargir à un nombre significatif de petits pour des raisons tant opérationnelles que politiques. Le cas de la crise yougoslave a parfaitement illustré ce fait puisque les grands Européens se réservaient le pilotage diplomatique en compagnie des Etats-Unis et de la Russie au sein du Groupe de Contact, mais élargissaient les consultations et la concrétisation des opérations sur le terrain à une majorité de petits Etats européens (Force de réaction rapide, puis IFOR/SFOR en Bosnie-Herzégovine, KFOR au Kosovo) [19].

Grands et petits Etats européens ont donc tous, du fait du différentiel de puissance, intérêt à des formes de coopération renforcée, davantage sur le mode des directoires pour les premiers, et sur celui de coalitions de volontaires pour les seconds. Mais cette coopération ne débouche pas pour autant sur une intégration approfondie à long terme, car le différentiel de puissance conduit davantage à des logiques fondées sur des rapports de force internes. Les coopérations renforcées en PESD peuvent conduire à une intégration de cette politique au sein de toute l'Union – la manière dont la PESD est née de l'initiative de Saint-Malo le prouve –, mais on est loin d'une automaticité systématique de cet effet d'engrenage. Pour le dire autrement, les formes de géométrie variable en PESD auront sans doute moins de force d'entraînement que dans d'autres politiques et pourraient même se pérenniser sans saut qualitatif vers plus d'intégration à moyen et long terme.

C. Modularité des forces armées et prééminence de l'OTAN

L'organisation même des forces armées représente un puissant incitant à des formes de coopération renforcée en PESD. En effet, les Etats occidentaux (terme qui comprend aujourd'hui l'Europe centrale suite aux élargissements) ont de longue date une tradition d'intégration des forces sur un mode multinational et dans une culture de l'« interopérabilité ». Cette tradition qui remonte au développement des structures militaires intégrées de l'OTAN à partir des années cinquante s'est vu même réaffirmer comme moyen de prévenir une (hypothétique) « renationalisation » des forces armées après la fin de la guerre froide, trouvant une justification politique intégratrice là où historiquement elle était surtout le produit de nécessités opérationnelles [20]. A ces motivations politiques et opérationnelles se sont ajoutées des considérations budgétaires liées à la réduction des dépenses militaires dans les années 1990, la modularité et la multinationalité contribuant à maintenir des capacités significatives dans le cadre d'alliances ou d'organisations internationales tout en en réduisant le coût pour les budgets nationaux. Les années 1990 ont donc vu se multiplier les coopérations renforcées entre pays OTAN et la multinationalisation des états-majors, donnant un rôle prédominant aux deux Etats européens les plus actifs en la matière au sein de l'OTAN, à savoir l'Allemagne et le Royaume-Uni, tandis que l'absence de la France des structures militaires intégrées la marginalisait, sans parler des pays neutres qui sont exclus de ce mouvement (quoique certains d'entre eux aient utilisé le Partenariat pour la Paix avec l'OTAN, les collaborations dans certaines opérations dans les Balkans et les initiatives sous-régionales en particulier entre Etats riverains de la Baltique, pour trouver leur place dans la modularité) [21].

Le cadre de l'ONU ou les opérations *ad hoc* (coalitions de volontaires appliquant une résolution du Conseil de sécurité) sous direction d'une « nation-cadre » ont également renforcé la tendance à la modularité. Selon l'expression consacrée, la mission détermine la coalition, ou plutôt l'intérêt ou le désintérêt pour une crise donnée amène ou non chaque Etat à proposer une contribution aux opérations de maintien de la paix. *Alba* déjà citée ou l'ISAF en Afghanistan constituent d'excellents exemples de ce processus, tout comme d'ailleurs les opérations sous commandement OTAN dans les Balkans (IFOR/SFOR et KFOR) où c'est au fond l'OTAN qui joue le rôle de « nation-cadre » d'une opération regroupant un nombre plus vaste d'Etats.

Outre un reflet des nécessités opérationnelles et budgétaires et de la diversité au sein de l'ONU et de l'OTAN, la modularité et la multinationalité ont dès l'entame caractérisé les tentatives européennes de création de forces armées ou de capacités autonomes. C'est en ce sens que furent conçus le Corps européen, centré sur l'initiative fondatrice franco-allemande de 1992, l'Euroforce et l'Euromarforce regroupant les pays méridionaux de l'Union, et les autres états-majors multinationaux créés conjointement par divers pays européens et qui ont pour la plupart reçu le label de « Forces relevant de l'UEO » (FRUEO) à partir de 1994 pour ensuite se couler dans les contributions à la PESD à partir de 1999.

L'introduction de la modularité dans le projet militaire européen relève pour cette raison d'un mixte entre des considérations politiques liées à l'ambition d'Europe-puissance (surtout dans le chef de la France) et des nécessités opérationnelles qui n'ont rien à voir avec ce projet et peuvent même le contrecarrer. Nombre de forces modulaires européennes ont été mises sur pied par des Etats réputés atlantistes, ou par un regroupement d'atlantistes et d'européistes, et sont disponibles autant pour des opérations sous commandement OTAN que sous commandement européen autonome. Au sein même de l'OTAN, l'identité européenne de sécurité et de défense (IESD) a été affirmée par la création d'un poste de commandant en chef adjoint (D-SACEUR) européen chargé de diriger les opérations européennes qui feraient appel aux capacités de l'OTAN, elles-mêmes modulaires (les Groupes de Forces interarmées multinationaux ou GFIM) [22].

Ces développements ont renforcé l'ambiguïté politique de la modularité par rapport à toute forme de projet politique européen. D'une part, la modularité intra-européenne apparaît comme moyen d'intégrer les forces armées, de contribuer à l'émergence d'une PESD et d'obtenir des responsabilités européennes accrues dans la gestion de crise (par exemple la direction de la KFOR au Kosovo par l'état-major de l'Eurocorps et celle de l'ISAF en Afghanistan par un état-major conjoint germano-néerlandais). D'autre part, la valeur ajoutée politique de la modularité reste sujette à caution en raison de la faible lisibilité politique de telles évolutions opérationnelles, du lien étroit maintenu avec l'OTAN et du fait que les modules en question peuvent selon les cas dépendre d'un commandement national, européen, OTAN, ONU ou multinational *ad hoc*. La création de « paquets de forces » disponibles sous de multiples casquettes pour un réseau d'*interlocking institutions* ne résout pas les dilemmes politiques euro-atlantiques, elle reflète même très nettement au niveau des moyens ce qui ne fait pas l'objet d'accord au niveau des choix politiques.

En d'autres termes, la modularité constitue un puissant incitant opérationnel au développement de coopérations renforcées, mais sa faible lisibilité politique et la géométrie variable fonctionnelle qu'elle reflète empêchent qu'elle devienne le fondement de coopérations renforcées institutionnalisées porteuses d'une intégration politique accrue. Seule une hiérarchisation plus verticale des commandements et une subordination exclusive [23] de l'ensemble des initiatives européennes à l'Etat-major de l'UE, installé depuis 2000 au sein du Secrétariat général du Conseil de l'Union, permettrait que ces outils dépendent d'une autorité politique européenne claire. On en est loin vu la tendance à l'établissement d'un multilatéralisme en réseaux dont le polycentrisme brouille toute possibilité d'émergence politique européenne et assure la primauté des Etats-Unis [24].

Force est donc de constater que, contrairement à la logique de Schengen ou à celle de l'UEM, l'éventualité des coopérations renforcées en matière de sécurité-défense ne se réfère pas en premier lieu au cadre de l'Union européenne elle-même, mais à celui de l'OTAN pour la majorité des Etats-membres. L'antériorité de l'OTAN pèse sur toute la PESD et a largement verrouillé les velléités européistes inspirées par Paris (l'Espagne qui avait d'abord tablé, lors du référendum de 1986, sur une position singulière au sein de l'OTAN inspirée par la France s'est depuis intégrée complètement aux structures militaires atlantiques).

Même si elle ne constitue pas le cadre premier de référence, l'Union européenne s'est néanmoins imposée comme un cadre complémentaire crédible, aidant même à rendre plus compatibles les logiques atlantiste et neutraliste [25]. La mise en quasi-sommeil de l'UEO lors de sa dernière réunion ministérielle à Marseille en novembre 2000 a renforcé cette crédibilité de l'Union européenne et la visibilité de la PESD, même s'il lui reste à prouver qu'elle peut diriger une opération majeure et approfondir la relation avec l'OTAN sans en devenir un simple organe subsidiaire. La volonté de renforcer la crédibilité et la visibilité de l'UE devrait constituer un incitant à éviter les géométries variables floues et purement fonctionnelles, qui n'aident pas à mettre en évidence la valeur ajoutée politique de l'Union et à lui donner davantage d'autonomie. En revanche des coopérations renforcées institutionnalisées, juridiquement et politiquement enchâssées dans l'Union européenne (notamment sous contrôle de l'Etat-major de l'UE) pourraient contribuer à renforcer sa crédibilité et son autonomie.

Un scénario tout à fait imaginable dans ce contexte se situe dans le renforcement de la structure de commandement et de planification de l'Union en parallèle d'un désinvestissement tant européen qu'américain de l'OTAN, la multiplication de coopérations renforcées contribuant à cette tendance qui verrait l'OTAN se transformer en réservoir de forces où puiserait un commandement européen renforcé. Cette hypothèse est partiellement confirmée par l'accord permanent OTAN-UE accepté par la Turquie, mais à l'inverse la création de la Force de réaction de l'OTAN (FRO), vue comme moyen d'intervention hors-zone plus offensif que la Capacité de réaction rapide de l'UE elle-même, indique le maintien d'un intérêt américain pour un investissement dans les structures militaires de l'organisation.

En conclusion, il est probable que l'Union ne deviendra pas à court terme le cadre principal de la défense européenne et devra longtemps composer avec une Alliance

atlantique toujours dominée par le partenaire américain et à laquelle la majorité des Etats européens tiennent. Les coopérations renforcées pourront participer des moyens d'autonomisation européenne à l'égard de l'OTAN, mais conserveront une certaine ambiguïté du fait de l'association de pays non membres de l'UE comme la Turquie et ne contribueront au projet politique européen que si elles se relient suffisamment nettement au cadre institutionnel de l'Union, notamment à son Etat-major.

A ces considérations de nature structurelle, il convient encore d'ajouter les spécificités davantage culturelles d'une politique qui se fonde sur le différentiel en matière de puissance.

D. La diversité des cultures stratégiques nationales

La PESD constitue une tentative de convergence audacieuse de cultures politico-stratégiques extrêmement diversifiées, et c'est là ce qui complique sa concrétisation [26]. La question mérite d'être approfondie sous deux aspects : le clivage entre atlantisme et européisme d'une part, la cohabitation entre cultures stratégiques d'autre part. En effet, par comparaison avec d'autres domaines de l'intégration européenne qui sont essentiellement affectés par le clivage entre les supranationalistes et les intergouvernementalistes, le domaine de la défense relève pour l'essentiel d'un autre type de clivages (personne ne se déclarant prêt à confier à la Commission européenne l'autorité sur des forces armées européennes), ce qui amène à concevoir en d'autres termes la question des coopérations renforcées.

Il s'agit tout d'abord de constater la permanence, au-delà des vicissitudes et évolutions de l'après-guerre froide, d'une ligne de fracture entre ceux qui favorisent le maintien de la prédominance de l'Alliance atlantique dans la sécurité européenne (atlantistes) et ceux qui soutiennent l'émergence d'une autonomie européenne incarnée par l'UE (européistes) [27]. La représentation de ce clivage est d'autant plus complexe qu'une troisième tendance, incarnée par les Etats neutres, se retrouve souvent aux côtés des atlantistes pour freiner les velléités européistes, mais aussi parce que ce débat implique aussi des pays tiers (en particulier les pays européens de l'OTAN non membres de l'UE tels que la Turquie et la Norvège) et qu'il évolue au gré des changements de coalitions à l'intérieur des Etats membres et/ou des événements internationaux qui influent sur les positionnements à cet égard. Ainsi, les accords de Dayton de 1995 ou les attentats du 11 septembre 2001 ont par exemple conforté le camp atlantiste, alors que l'entêtement du président Bush à attaquer l'Irak en 2003 même sans décision du Conseil de sécurité a sans doute renforcé les arguments européistes à long terme [28].

L'existence d'une telle diversité peut constituer un incitant à développer des coopérations renforcées, mais celles-ci peuvent difficilement apparaître comme porteuses d'un projet européen de défense intégrée. Les éventuelles initiatives atlantistes en la matière viseraient en effet à maintenir l'enchâssement d'un dispositif européen dans l'OTAN (comme l'a montré le dossier des forces multinationales), les neutres utiliseraient les coopérations renforcées pour maintenir leurs spécificités (c'est-à-dire éviter une clause de solidarité permanente) et les européistes n'y trouveront intérêt que si les coopérations renforcées n'affaiblissent pas les institutions

de l'Union européenne elle-même et aident à constituer une « avant-garde » au sein de l'Union, ce qui est peu crédible si plusieurs grands pays restent à l'écart.

La diversité en PESD relève aussi de la cohabitation complexe au sein de l'UE d'Etats connaissant des cultures politico-stratégiques fort différentes que l'on peut au moins classer en quatre grandes catégories :

– la culture de puissance, interventionniste et appuyée sur le potentiel nucléaire et le droit de veto au Conseil de sécurité, qu'entretiennent la France et le Royaume-Uni, qui sont aussi les deux Etats membres qui dominent l'industrie de défense en Europe et investissent le plus en dépenses militaires et en R&D militaire ;
– la culture de neutralité, qui s'exprime souvent par un rejet de la dissuasion nucléaire et en tout cas par une réticence à l'interventionnisme non couvert par le Conseil de sécurité, laquelle est partagée par les Etats neutres et non alignés (Autriche, Finlande, Irlande, Suède, que pourraient rejoindre Chypre et Malte) ;
– la culture souverainiste représentée par le Danemark, qui se traduit par son *opting-out* en PESD qui relève davantage du rejet de l'union politique européenne que d'un refus d'engagement dans une alliance ;
– la culture de l'engagement sélectif, partagée par l'ensemble des autres Etats de l'Union (y compris les nouveaux adhérents d'Europe centrale), qui se situent sur un axe qui va d'une quasi-culture de puissance à une quasi-culture de neutralité [29].

Cette double diversité fondée sur le clivage entre atlantistes et européistes et sur la variété des cultures politico-stratégiques nationales implique en même temps une assez grande fragmentation des positions des Etats européens en matière militaire, et un champ significatif où les convergences sont possibles sur une base *ad hoc*. Plutôt que de déboucher sur une logique de coopérations renforcées, qui impliquerait l'identification d'un « bloc » d'Etats – même minoritaire – partageant un projet commun, elle a plutôt amené les Etats membres à construire un cadre commun flexible et pragmatique à l'échelle de l'Union et de l'OTAN, tout en préservant leurs spécificités individuelles sur le plan des principes et des questions stratégiques majeures.

Le cadre commun [30] est une PESD apte à mener des missions correspondant aux premiers échelons de la définition de Petersberg, éventuellement élargie à la lutte commune contre le terrorisme (comme proposé par le groupe de travail sur la défense de la Convention), et complémentaire de l'OTAN. En revanche, il n'y a pas de perspective de politique commune en matière nucléaire, d'assistance mutuelle en cas d'agression et d'opérations militaires conjointes à un échelon dépassant le maintien de la paix [31].

Seuls ces trois domaines pourraient être évoqués comme champ d'application de la coopération renforcée, mais il n'y a guère d'intérêt pour le premier (les tentatives françaises de proposer une « dissuasion concertée » en 1995 ayant fait long feu), il existe déjà l'UEO comme base juridique pour le second (un protocole au traité de l'Union ne semblant toujours pas acceptable pour la plupart des neutres et des atlantistes) et on ne voit pas quel groupe d'Etats serait porteur d'initiatives dans le troisième (l'interventionnisme relevant soit des « prés carrés » nationaux – voir

récemment la Côte d'Ivoire – , soit de grandes opérations sous direction américaine – comme en Afghanistan en 2001 et en Irak en 2003).

La seule coopération renforcée majeure qui pourrait être imaginable sur ces dossiers serait une initiative franco-allemande, porteuse potentiellement d'un projet politique intégrateur à long terme, mais on n'en voit pas clairement les contours malgré la proximité des positions internationales des deux Etats (les désaccords sur l'indépendance de la Slovénie et de la Croatie en 1991-1992 sont oubliés), les premières tentatives de rapprochement accru à l'occasion de l'anniversaire du traité de l'Elysée en janvier 2003 et leur vaste collaboration dans nombre d'opérations militaires. Il est probable que l'instauration d'un conseil de sécurité permanent franco-allemand et d'un état-major conjoint, l'adoption d'un livre blanc de la défense unique pour les deux pays et le partage du siège au Conseil de sécurité présenteraient une force d'entraînement considérable. Les traditions respectives de ces deux grandes nations ne laissent néanmoins pas augurer un tel élan intégrateur, leur préférence continuant à se focaliser sur les réformes de l'Union européenne elle-même et sur le développement de la PESD, même sur une base moins audacieuse, tant il est vrai que le passage de la coopération approfondie entre Etats souverains à une véritable fusion des intérêts et de la vision du monde représente un saut qualitatif que probablement aucun Etat n'est prêt à envisager, alors que la préservation des spécificités nationales dans une grande Europe disposant d'institutions diplomatiques communes renforcées apparaît plus acceptable.

E. Conclusions : quelles coopérations renforcées en PESD ?

Nous avons tenté d'illustrer durant ces quelques pages les principales caractéristiques structurelles et culturelles qui expliquent pourquoi la PESD constitue, et sans doute constituera dans le futur proche, une politique relativement différente des autres sur le plan de la nature même du processus intégrateur, et ce faisant en matière de diversité interne et de perspective pour des coopérations renforcées.

Ces constats signifient-ils pour autant que la coopération renforcée ne progressera pas en PESD ? Notre examen de la problématique nous a indiqué qu'il existe dans plusieurs domaines des intérêts convergents des Etats membres ou de certains d'entre eux pour envisager une telle évolution.

Le premier est le domaine de l'armement. L'organisation de ce marché et la réglementation des exportations d'armes hors du territoire communautaire restent affectés par la clause d'exception contenue dans l'article 296 CE qui exclut l'armement du marché intérieur et protège *de facto* le contrôle national sur ce secteur – malgré sa transnationalisation accélérée par le biais des fusions et acquisitions d'entreprises [32]. A part dans le secteur des biens à double usage (biens pouvant avoir un usage tant militaire que civil), où la Communauté dispose d'une capacité réglementaire partielle relevant de la politique commerciale commune, le marché de l'armement reste un marché spécifique. Les initiatives prises pour européaniser les politiques en la matière ne se sont dès lors pas appuyées sur la méthode communautaire, et le plus souvent ne regroupent pas l'ensemble de l'Union [33]. Elles relèvent bien d'une géométrie variable qu'il serait possible de « transformer » en coopération renforcée institutionnelle si une volonté politique en ce sens existait [34]. En effet, les Etats les plus motivés pour

progresser dans ce domaine, c'est-à-dire ceux qui disposent d'une base industrielle et technologique militaire, se sont dotés de deux instruments inter-étatiques : l'OCCAR regroupant les quatre principaux pays (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni) et l'accord-cadre, traité international entre les six plus importants Etats (les quatre précédents plus l'Espagne et la Suède). Ces deux initiatives hors-UE pourraient peut-être servir de socle à une Agence européenne de l'armement plusieurs fois proposée mais jamais concrétisée [35]. Dans ce cas, le transfert de l'accord-cadre au sein de l'Union pourrait se concevoir sur un mode similaire à ce qui s'est passé pour l'acquis de Schengen dans le traité d'Amsterdam. Un élargissement de l'accord à un plus grand nombre de pays constituerait la clef d'une telle évolution, mais reste compliquée du fait du « ticket d'entrée » que doit payer chaque Etat intéressé et qui consiste en une participation à un certain nombre de programmes de coopération d'armements menés dans ce cadre.

Un second domaine où la diversité et la géométrie variable sont déjà présentes est celui de l'organisation des forces armées elles-mêmes et des opérations dites de gestion de crise. Nous avons montré qu'en raison, d'une part de la modularité inhérente à la réorganisation des forces armées occidentales, d'autre part à cause de la prééminence de l'OTAN, les possibilités de transformer les multiples forces multinationales existant depuis les années 1990 en de véritables coopérations renforcées institutionnalisées restent très largement subordonnées à la capacité de disposer d'une unicité de commandement très largement inatteignable pour l'instant. Dans l'intervalle, les formes de différenciation opérationnelle contribuent plutôt au brouillage institutionnel et à un multilatéralisme en réseau favorable aux Etats-Unis qu'à la concrétisation d'une Europe-puissance.

Dans ce contexte, au lendemain de la crise irakienne, on peut s'attendre à ce que le concept de coopération renforcée soit relancé par l'Allemagne et la France, dans l'esprit de constitution d'un groupe d'Etats – probablement minoritaire – qui intégreraient davantage leurs forces armées pour les mettre au service d'une vision diplomatique commune. Si l'on présume que cette démarche s'appuiera sur le couple franco-allemand élargi à quelques petits pays [35*bis*], elle créera une sorte de « noyau dur » au sein de la PESC fondé sur des convergences en termes de représentation du monde (en particulier le rapport aux Etats-Unis et aux Nations unies), là où la PESD à vingt-cinq restera une mise en commun de capacités militaires sans projet politique commun. Ce serait la réponse d'une partie des Européens à la tentative de division de l'Europe entamée par le secrétaire américain à la Défense Donald Rumsfeld et dans un contexte où le centre de gravité politico-stratégique de l'Union élargie à vingt-cinq pourrait basculer vers une attitude plus nettement pro-américaine. Le concept de coopération renforcée servirait dans ce cas d'instrument pour ancrer la légitimité et la capacité d'action en commun d'un groupe sans doute numériquement minoritaire mais suffisamment puissant pour peser sur la vie politique européenne et internationale. Il ne viserait pas à intégrer davantage l'Europe, mais à l'autonomiser à l'égard d'un allié américain décidément trop peu respectueux de la diversité transatlantique. Alors que, jusqu'à la crise irakienne, intégration européenne et partenariat transatlantique apparaissaient comme deux processus parallèles et interdépendants [36], les coopérations renforcées contribueraient à les déconnecter ou,

à tout le moins, à réduire la confusion entre les deux processus pour tenir compte de l'évolution respective des intérêts américains et européens en matière de sécurité.

Troisième et dernier domaine où il ne faut pas exclure une forme d'institutionnalisation de la coopération renforcée dans l'UE : la défense collective du territoire. Dans la mesure où les Etats neutres restent hésitants à transformer l'Union européenne en alliance militaire fondée sur un engagement d'assistance mutuelle de type « article V » de l'UEO, l'option reste possible d'inscrire une telle disposition dans un protocole annexé au traité sur l'Union, qui ne serait signé que par une partie des Etats membres. Cette option envisagée par le « groupe Westendorp » et par l'UEO en préparation de la négociation du traité d'Amsterdam avait à l'époque fait long feu, non seulement en raison des réticences des neutres, mais aussi parce que les atlantistes y voyaient un risque pour l'Alliance atlantique. Il n'est guère probable que l'on soulève ce type de suggestion à l'heure où les tensions transatlantiques se sont exacerbées et où le groupe de travail sur la défense de la Convention a préféré avancer une solution acceptable pour les vingt-cinq consistant à élargir la liste des missions de Petersberg à la défense contre le terrorisme.

Ces exemples montrent à l'envi que, même si le secteur sécurité-défense est théoriquement facile à intégrer car il relève davantage de la volonté politique que de contraintes légales, les dimensions politiques constituent précisément l'obstacle majeur à des évolutions rapides dans le domaine. Les Etats qui désirent progresser à quelques-uns peuvent déjà le faire sans s'encombrer des contraintes de l'Union, ce que traduit l'exclusion de la défense du champ d'application de l'article 27 UE. Des critères de convergence en matière de défense, un temps évoqués lors des débuts de la PESD, ont finalement peu de pertinence dans un secteur si politique [37].

La convergence en matière militaire repose sur trois mécanismes fort différents des autres secteurs de l'intégration européenne : la coopération entre gouvernements sur le plan politique ; la mise en commun des capacités sur le plan opérationnel ; et l'intégration des marchés pour ce qui concerne les industries de défense. Dans ce contexte, la transformation de la géométrie variable existante (les « coopérations plus étroites ») en initiatives reliées à l'Union européenne (les « coopérations renforcées » institutionnelles) présente une certaine valeur ajoutée pour les petits Etats (une capacité de contrôler politiquement les grands et de faire appel au budget communautaire), mais beaucoup moins pour les grands qui peuvent se contenter de structures inter-étatiques *ad hoc* telles celles mises sur pied dans le domaine des armements et du concept de nation-cadre pour les opérations militaires.

Force est de constater que cette géométrie variable hors-UE subsistera encore longtemps, ce qui ne signifie pas que l'intégration de certains de ses acquis dans l'UE soit impossible à terme (on pense surtout au secteur de l'armement). La géométrie variable hors-UE doit être surtout vue comme un mécanisme intégrateur spécifique, qui contribue à la convergence entre Etats européens, même si c'est hors du cadre de l'Union elle-même [38]. Paradoxalement, les velléités d'avancer vers une institutionnalisation des coopérations renforcées traduiraient davantage, au lendemain de la crise irakienne, le souci du couple franco-allemand de ne pas être pris au piège d'une solidarité utilisée au profit des intérêts de Washington par la majorité des gouvernements de l'Union. Dans ce cas – qui n'est pas encore vérifié à l'heure où

ces lignes sont écrites –, la coopération renforcée servirait non à intégrer davantage l'Europe sur le plan des institutions et des procédures, mais à défendre une certaine *idée* de l'Europe politique.

Ce serait une manière nouvelle de sortir du dilemme permanent entre unité et diversité qui caractérise le dossier des coopérations renforcées : en créant un groupe plus intégré, ne contribue-t-on pas à affaiblir l'espace de droit commun, mais à l'inverse, à force de chercher une intégration à vingt-cinq, ne se réduit-on pas à la recherche du plus petit commun dénominateur, c'est-à-dire souvent à l'impuissance sur la scène internationale ?

Ce n'est probablement pas la constitution européenne qui apportera toutes les réponses à ces questions, mais sa rédaction oblige à tout le moins à en mesurer la portée et l'ensemble des conséquences.

Notes

[*] Une version préliminaire de cette contribution a été présentée à l'automne 2002 dans le cadre de l'atelier « sécurité-défense » du groupe préparatoire d'une étude sur les coopérations renforcées au sein du Commissariat général français du Plan. L'auteur remercie tous les participants à ce groupe de travail pour leurs commentaires qui ont permis d'étoffer et de compléter le texte initial.

[1] Par exemple J.-V. Louis, *L'Union européenne et l'avenir de ses institutions*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes, 1996.

[2] M. Jopp, R. Rummel, P. Schmidt (ed.), *Integration and Security in Western Europe*, Westview Press, Boulder Co, 1991.

[3] J. Howorth, *European Integration and Defence : The Ultimate Challenge ?*, Chaillot Paper n° 43, Paris, Institut d'Etudes de Sécurité, Union de l'Europe occidentale, novembre 2000.

[4] Sans reprendre ici de manière exhaustive l'abondante littérature institutionnaliste tant juridique que politologique sur ce thème, rappelons les publications les plus marquantes à ce sujet : P. Buffotot (éd.), *La défense en Europe*, Paris, La Documentation française, 1995, 1998 et 2001 ; M.F. Durand, A. de Vasconcelos (éd.), *La PESC. Ouvrir l'Europe au monde*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1998 ; K. Eliassen (ed.), *Foreign and Security Policy of the European Union,* Londres-New York, Routledge, 1997 ; M. Holland (ed.), *Common Foreign and Security Policy. The Record and Reforms*, Londres, Pinter, 1997 ; J. Peterson, H. Sjursen (ed.), *A Common Foreign Policy for Europe ? Competing Visions of the CFSP*, Londres-New York, Routledge, 1998 ; E. Regelsberger, Ph. de Schoutheete de Tervarent, W. Wessels (ed.), *Foreign Policy of the European Union: From EPC to CFSP and Beyond,* Lynne Rinner, Boulder Co, 1997 ; R. Wessel, *The European Union's Foreign and Security Policy. A Legal-Institutional Perspective*, La Haye-Boston, Kluwer, 1999.

[5] Pour une analyse détaillée, voy. A. Dumoulin, E. Remacle, *L'Union de l'Europe occidentale, Phénix de la défense européenne,* Bruxelles, Bruylant, 1998.

[6] Comme on y reviendra *infra*, ces spécificités étaient assez diversifiées, puisqu'il s'agissait tant de la neutralité irlandaise que du statut de puissance nucléaire de la France et du Royaume-Uni ou des limites à l'envoi de troupes à l'étranger qu'imposait à l'époque la constitution de l'Allemagne unifiée.

[7] D. Mahncke, « Reform of the CFSP : from Maastricht to Amsterdam », et E. Regelsberger, U. Schmaltz, «The common foreign and security policy of the Amsterdam treaty : towards an improved EU identity on the international scene ? », *in* J. Monar, W. Wessels (ed.), *The European Union after the Treaty of Amsterdam,* Londres-New York, Continuum, 2001, p. 227-266.

[8] P. Baudin, « Les aspects institutionnels de l'Europe de la défense », *Défense nationale*, décembre 2000, p. 5-21 ; A. Cammilleri, « Le traité de Nice et les progrès de la défense européenne », *RAE*, septembre 2001 ; G. Müller-Brandeck-Bocquet, « The New CFSP and ESDP Decision-Making System of the European Union », *European Foreign Affairs Review,* 7, 2002, p. 257-282.

[9] Sur les coopérations renforcées dans le traité de Nice, voy. St. Rodriguès, « Le traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union européenne », *RAE,* septembre 2001, p. 11-16.

[10] J.-V. Louis, Ph. Manin (éd.), *Vers une Europe différenciée – Possibilités et Limites,* Paris Pedone, 1996 (dont notre contribution « L'intégration différenciée dans la PESC, la politique de défense commune et la défense commune », p. 51-68).

[11] D. Curtin, « The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC : « Flexibility » as a Key Paradigm », *Aussenwirtschaft,* 50, 1995, p. 237-252 ; Cl.-D. Ehlermann, « Différenciation accrue ou uniformité renforcée ? », *Revue du Marché unique et de l'Intégration européenne* 3, 1995, p. 191-218 ; A. C.-G. Stubb, « A Categorisation of Differentiated Integration », *JCMS*, juin 1996, p. 283-295.

[12] H. Wallace, « Flexibility : a tool of integration or a restraint on disintegration ? », *in* K. Neunreither, A. Wiener (ed.), *Amsterdam and Beyond : the European Union on its Way into the 21st Century*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; E. Philippart, M. Sie Dhian Ho, « Flexibility after Amsterdam : comparative analysis and prospective impact », *in* J. Monar, W. Wessels (ed.), *op. cit.,* p. 167-203.

[13] M. Telò, E. Remacle (éd.), *L'Union européenne après Amsterdam. Adaptations institutionnelles, enjeux de la différenciation et de l'élargissement*, Bruxelles, Fondation Paul-Henri Spaak, janvier 1998 (en particulier les contributions d'Eric Remacle et Reimund Seidelmann).

[14] Pour une discussion plus large, voy. A. Missiroli, *CFSP, Defence and Flexibility,* Chaillot Paper n° 38, Paris, Institut d'Etudes de Sécurité, Union de l'Europe occidentale, février 2000.

[15] Même si ces lignes sont achevées avant de connaître le résultat du référendum polonais sur l'adhésion à l'Union européenne, il s'avère en tout état de cause certain que la Pologne constitue l'un des grands Etats parties prenantes de l'Europe de la défense et participe depuis 1999 activement à l'OTAN au côté des cinq autres.

[16] M. Bacot-Décriaud, « Vers une politique européenne commune de sécurité et de défense », *in* P. Buffotot (éd.), *La défense en Europe. Nouvelles réalités, nouvelles ambitions,* Paris, La Documentation française, 2001, p. 257-277.

[17] Pour un argumentaire sur la question des directoires, voy. St. Keukeleire, « Directorates in the CFSP/CESDP of the European Union : a plea for a restricted crisis-management group », *European Foreign Affairs Review*, 6/1, 2001, p. 75-101.

[18] Pour une réflexion sur ce thème, voy. Chr. Franck, « Les petits pays face à l'OTAN et à l'Alliance atlantique », *in* P. Pascallon (éd.), *L'Alliance atlantique et l'OTAN, 1949-1999 : un demi-siècle de succès*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 189-202 ; E. Remacle, « Le rôle des petits Etats au sein de l'UEO », *in* A. Deighton, E. Remacle (ed.), *The Western European Union 1948-1998. From the Brussels Treaty to the Treaty of Amsterdam,* numéro spécial *Studia diplomatica,* LI (1-2), 1998, p. 71-76.

[19] B. Delcourt, E. Remacle, « Ex-Yougoslavie. L'Europe : véritable acteur ou simple figurant ? », *in* P. Buffotot (éd.), *op. cit.,* p. 265-284.

[20] En particulier le souhait américain de construire une structure militaire de l'OTAN très intégrée pour être en mesure de riposter immédiatement à toute opération agressive du pacte de Varsovie et d'empêcher tout risque d'occupation de l'Allemagne occidentale par les Soviétiques.

[21] Pour un relevé détaillé, voy. A. Dumoulin, *L'identité européenne de sécurité et de défense*, Berne-Bruxelles, Peter Lang-PIE, 1999.

[22] A.-S. Gourdin-Lamblin, « La nouvelle organisation structurelle de l'OTAN : réforme des commandements et GFIM », *in* P. Pascallon (éd.), *op. cit.,* p. 109-122.

[23] Impliquant que la mise à disposition de l'OTAN passe par une décision européenne collective et non nationale comme aujourd'hui.

[24] W.I. Robinson, *Promoting Polyarchy. Globalisation, US Intervention and Hegemony*, Cambridge UK, Cambridge University Press, 1996 ; E. Remacle, « Vers un multilatéralisme en réseau comme instrument de la lutte contre le terrorisme ? », *in* K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten, B. Belcourt (éd.), *Le droit international face au terrorisme,* Paris, Pedone, 2002, p. 331-343.

[25] En 1996, à la tribune de l'Assemblée de l'UEO, le Premier ministre belge Jean-Luc Dehaene montrait comment la proposition finno-suédoise d'intégrer les missions de Petersberg dans l'UE et la reconnaissance par l'OTAN des GFIM et de leur disponibilité pour des opérations européennes illustrait le rapprochement entre les neutres et l'OTAN via le cadre européen (cité *in* E. Remacle, « Les petits pays et l'intégration européenne de sécurité. Stratégies d'adaptation et mutations de l'environnement de sécurité après 1989 » *in Les petits pays et le processus d'intégration européenne*, Bruxelles, IRSD-CED, colloque, 18 février 1998, p. 29-38).

[26] B. Nivet (éd.), *Vers une culture de sécurité européenne*, Institut des Relations internationales et stratégiques, rapport pour la délégation aux Affaires stratégiques du ministère français de la Défense, Paris, 2001.

[27] Chr. Hill, *The Actors in Europe's Foreign Policy,* Londres, Routledge, 1996.

[28] Même si ceux-ci ont été quasiment mis en minorité par le soutien de dix-huit chefs d'Etat et de gouvernement européens au président américain, dont cinq de l'Union européenne (Danemark, Espagne, Italie, Portugal, Royaume-Uni) et huit de pays qui deviendront membres en 2004 (Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Slovénie).

[29] La position de chaque Etat sur cet axe varie selon les coalitions au pouvoir (les gouvernements Aznar et Berlusconi ont par exemple amené leurs deux pays à une culture de puissance plus nette que leurs prédécesseurs) et selon les circonstances (la retenue pacifiste du chancelier Schröder sur l'Irak ne contredisant pas les décisions qu'il a précédemment prises sur la participation au bombardement du Kosovo et au déploiement de la KFOR au Kosovo et de l'ISAF en Afghanistan).

[30] Sauf pour le Danemark, mais celui-ci ne constitue pas un obstacle, illustrant à merveille le fait que l'abstention constructive existe déjà dans la défense même si le traité ne la prévoit pas.

[31] L'utilisation de l'OTAN comme vecteur de l'intervention militaire illégale au Kosovo en mars 1999 a permis à l'Union de ne pas devoir se reposer cette question puisqu'elle ne menait elle-même pas cette intervention, même si elle l'a explicitement soutenue (y compris les Etats neutres).

[32] P. De Vestel, « Les marchés, l'industrie de défense et l'intégration européenne », *in* E. Remacle (éd.), *La PESC, l'UEO et la CIG,* Bruxelles, Institut d'Etudes européennes, Université libre de Bruxelles, 1996, p. 129-164.

[33] Il faut néanmoins signaler l'existence des groupes de travail POLARM et COARM du Conseil de l'Union.

[34] S. Bauer, E. Remacle, « A Multi-Level Foreign Policy Between Convergence, Consistency and Variable Geometry. The Case of Arms Export Controls », *in* P. Magnette, E. Remacle (éd.), *Le nouveau modèle européen*, vol. 2, *Les politiques internes et externes*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 179-193.

[35] Pour être complet, il faut rappeler l'existence du Groupe Armement de l'Europe occidentale et de l'Organisation Armement de l'Europe occidentale, intégrés aux structures résiduelles de l'UEO mais avec une organisation spécifique, et qui ont vocation à organiser une coopération en matière d'acquisition d'armement entre leurs dix-neuf membres de plein droit et sept membres associés et à mener des études de faisabilité en la matière.

[35*bis*] Le présent article est clôturé à la veille du Sommet du 29 avril 2003 réunissant l'Allemagne, la Belgique, la France et le Luxembourg à concrétiser cette option.

[36] Pour un plaidoyer en ce sens, on renvoie au dernier manuscrit de feu A. Cahen, *L'Alliance atlantique pour le XXI^e siècle,* Berne, Bruxelles, Peter Lang-PIE, 2001.

[37] A. Missiroli, « European Security Policy : The Challenge of Coherence », *European Foreign Affairs Review,* 6/2, 2001, p. 194.

[38] L'introduction d'une plus grande flexibilité comme moyen d'accroître les possibilités d'intégration dans des champs nouveaux était déjà au cœur des propositions du Centre for Economic Policy Research dans l'ouvrage collectif *Flexible Integration : Towards a More Effective and Democratic Europe,* Londres, CEPR, coll. « Monitoring European Integration » n° 6, novembre 1995.

Les relations extérieures de l'Union européenne : quelques faiblesses et incertitudes juridiques

Javier Roldán Barbero

1. En 1983, l'illustre juriste à qui ces réflexions sont affectueusement dédiées, prévenait, très à propos, qu'il fallait éviter que les relations extérieures de la Communauté européenne ne deviennent une sorte de *soft law* [1]. Certes, ce phénomène de droit « mou » n'est pas inconnu au niveau interne de l'intégration européenne [2]. Toutefois, il est certain que l'action extérieure se déroule entre des faiblesses prononcées et spécifiques et des apories normatives détériorant la règle de droit, ce qui suppose un facteur additionnel de déficit démocratique dans la construction européenne. Cette détérioration est déterminée par des raisons tant endogènes (relatives surtout à la survie et à la prééminence des Etats membres comme sujets) qu'exogènes (relatives au sous-développement actuel du droit international, à son caractère fortement étatique, à la structure sociale fragile et à la prédisposition juridique de nombreux pays tiers). Les lignes suivantes sont consacrées à énoncer, de façon panoramique, indicative et succincte, des limitations et des incertitudes juridiques qui pèsent sur la politique extérieure de l'Union.

2. Naturellement, la perplexité plus marquée dans la gestion des relations extérieures de l'Union européenne trouve son origine dans leur division en piliers, qui implique que l'exclusion des domaines assignés aux autres piliers configure le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Et même dans le pilier communautaire, l'action extérieure n'apparaît ni centralisée, ni ordonnée en une section unique, sans oublier, bien entendu, que les actions extérieures et internes sont de plus en plus liées. On comprend donc les appels à l'unification des piliers, ou, du moins, à une plus grande cohérence et synergie entre eux, et entre les différents organes et politiques qui ont une dimension extérieure. Il faut également souligner la congruence nécessaire et la complémentarité de la politique extérieure de l'Union et celle, parallèle, des Etats membres, qualités dont on déplore souvent l'absence en

matière de coopération au développement, par exemple. Ces propositions aspirent à modérer le profil cubiste actuel [3] des relations extérieures de l'Union européenne.

3. Déplorer les frustrations que la PESC a provoquées est un lieu commun, justement par contraste avec les relations extérieures de la Communauté européenne, plus denses, ambitieuses et codifiées. Certes, le rôle international de l'Union dépend aussi des pays tiers (pensons aux réticences israéliennes à concéder du relief à la médiation européenne dans le conflit du Proche-Orient ou aux tentatives circonstancielles des Etats-Unis de diviser ou de rendre impossible le critère unique européen) ; mais surtout, l'identité internationale doit se fonder sur la solidité interne. L'opinion générale est que les déficiences du deuxième pilier proviennent plus du manque de rodage, de confiance, de volonté politique que des carences du cadre normatif. Il est vrai que ce cadre a été rationalisé et discipliné dans le droit primaire par rapport à la souplesse de la coopération politique européenne primitive, souplesse dont certains étaient partisans [4].

Cependant, de nos jours, prédominent la confusion d'instruments juridiques, leur mollesse formelle et matérielle (qui contamina l'ancien troisième pilier), le caractère provisoire et changeant de leurs énoncés, leur caractère plus déclamatoire qu'opérationnel, et enfin, le recours aux catégories traditionnelles, singulièrement aux déclarations qui, souvent, diffèrent à peine des positions communes. Il ne manque pas, dans le répertoire d'instruments, un code de conduite sur un sujet qui n'est pas édifiant, l'exportation d'armes, que le Parlement voudrait voir doté de force obligatoire [5]. Nous ne devons pas oublier non plus les directoires, les individualismes nationaux, entre autres fractures qui empêchent le jugement commun sur un événement extérieur.

Logiquement, il nous faut aussi noter l'exclusion de l'action de la Cour de justice sur la PESC, bien que son développement puisse enfreindre le principe de légalité et, en particulier, la sauvegarde des droits fondamentaux. L'activité de la justice communautaire se borne donc à délimiter les domaines d'actions extérieures de la Communauté et de ses Etats membres [6]. Précisément, le 6 mars 1995, on a adopté un accord, non publié, pudiquement appelé *Modus vivendi*, destiné à la délimitation correcte des domaines de fonctionnement des premier et deuxième piliers de l'Union. A ce propos, ce qui est plus critiquable est le phénomène de contamination dont souffre le pilier communautaire par le deuxième, présidé par des coordonnées intergouvernementales. Ceci est irréfutable dans le cas de l'article 301 CE (et l'article 60, visant les mouvements de capitaux et de paiements), car le règlement communautaire est précédé et médiatisé par une position commune ; on assiste à une subordination du champ juridique au politique. En plus, il faut noter que ce mécanisme est déclenché d'habitude à cause d'une résolution antérieure obligatoire du Conseil de sécurité des Nations unies, qui est introduite, de cette façon hétérodoxe, dans le système juridique communautaire. Il ne faut pas oublier que la condition de membre de cette organisation universelle est réservée aux Etats, et que la charte a été simplement considérée en 1997 par la Cour de justice, de façon peu respectueuse, comme un accord entre Etats, antérieur à la création de la Communauté européenne ; c'est-à-dire, le genre d'accord dont fait mention l'article 307 du traité de Rome [7].

4. Les travaux en cours de la Convention sur l'avenir de l'Europe ont déterminé le besoin de réformer la politique extérieure de l'Union..., sans toutefois en

divulguer les moyens pour l'instant. En tout cas, les événements et les circonstances extérieures – comme le mémorable 11 septembre 2001 – renforcent certainement la nécessité de fortifier cette dimension de la construction européenne, ainsi que de la doter et de l'insérer – comme toute politique extérieure qui se respecte – dans une politique de sécurité et de défense propre. Il est vrai que la structure de cette PESD a connu dernièrement des développements importants et surprenants, même sans réforme explicite du traité sur l'Union européenne. Mais cette politique manque, comme beaucoup d'autres, de ressources propres ; elle est construite dans un cadre intergouvernemental et elle est encline aux accords de *soft law*. Un arrangement de ce genre – qui n'en serait pas moins transcendant – finira par régler probablement le problème des relations de la PESD avec l'Alliance atlantique. Dans ce domaine, comme dans d'autres domaines de l'intégration européenne, plane, comme aiguillon ou comme frein, l'ombre des Etats-Unis. Même dans l'esprit salutaire et général de *partnership*, l'affirmation de l'identité internationale de l'Union dépend de son autonomie pour construire une option propre, alternative, qui respecte et favorise le Droit des gens, par rapport au géant américain dont le comportement contredit et affaiblit si souvent la légalité internationale.

5. Le processus d'expansion géographique de la diplomatie concertée de l'Union est aussi remarquable, à la recherche d'une convergence de positions avec des pays tiers dans les affaires internationales, surtout en associant progressivement les autres pays européens (en particulier, les candidats à l'adhésion) aux mécanismes et résolutions de la PESC.

Le nouvel élargissement de l'Union européenne augmentera l'envergure de sa politique extérieure, mais rendra aussi plus difficile, probablement, la prise de décision (c'est-à-dire que la production politique-juridique pourra diminuer) et réduira l'ambition, la détermination des décisions, à un dénominateur commun minimum entre des critères très divergents. C'est donc une nouvelle manifestation du dilemme élargissement – approfondissement qui affecte aussi la construction européenne interne, menacée par un processus d'« internationalisation » qui pourra miner et dénaturaliser le « droit de l'intégration ».

Enfin, l'ampliation de la diplomatie concertée a lieu au moyen du dialogue politique avec des pays tiers, dialogue qui normalement est prévu dans les accords de coopération, en justifiant ou en renforçant leur caractère mixte, ou aussi au travers de déclarations annexes ou séparées qui contiennent, évidemment, plus d'obligations de moyens que de résultat [8].

6. Justement, la dimension conventionnelle de la PESC se découle dans les doutes délibérément laissés par l'article 24 UE. Ces doutes finissent par déboucher sur un thème capital : la personnalité juridique-internationale de l'Union. Le mémorandum d'accord sur l'administration de Mostar alimentait l'incertitude puisqu'il renferme une nature juridique diffuse et n'a pas cité l'Union expressément comme signataire [9]. En revanche, les accords passés en 2001 avec la République de Yougoslavie [10] et l'ex-République yougoslave de Macédoine [11] ont été conclus par l'Union, et indubitablement, sont contraignants. La pratique semble donc dégager une zone grise du droit primaire, provenant en partie de méfiances terminologiques. Quant au troisième pilier, l'article 38 sera le fondement juridique de l'accord de coopération

judiciaire et d'extradition négociée par l'Union et les Etats-Unis. Cet accord est encouragé par l'esprit du « 11 septembre », mais encombré par la disparité de valeurs et de modèles nationaux. Il faudra encore déterminer, tout de même, la coexistence entre la subjectivité embryonnaire de l'Union et la subjectivité subsistante de la CE et de la CEEA. Le futur établira, très probablement, un seul pilier et une personnalité juridique unique.

7. L'articulation et la mise en œuvre déficiente de la politique extérieure répondent principalement à une autre cohabitation de sujets : la personnalité juridique-internationale de chaque Etat membre (avec ses intérêts et sa sensibilité nationale propres), celle des Communautés, et enfin, celle naissante et ambiguë de l'Union. Cet état de choses, incompatible avec la transparence et l'opérativité, est le reflet de la structure sous-fédérale actuelle de l'intégration européenne. On aspire à former une politique extérieure commune, mais pas unique. La détermination du domaine des compétences extérieures implique une difficulté spécifique car elle dépend du développement du droit communautaire dérivé et de l'appréciation jurisprudentielle changeante, importante dans les années soixante-dix et restreinte dans les années quatre-vingt-dix, du principe du parallélisme de compétences internes et externes. Soulignons, nonobstant, les arrêts de la Cour de justice du 5 novembre 2002, concernant les affaires dites des *ciels ouverts*. Ces arrêts reprennent, sans nuances, la clause *AETR*.

Dans le domaine extérieur, la coexistence des sujets et des compétences entraîne la prise de dispositions particulières, comme celles adoptées dans l'annexe IX de la convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982, résultat de la confusion et de la perplexité que provoque chez les uns et les autres l'inextricable partage de compétences entre la Communauté et ses Etats membres (partage qu'il sera difficile d'élucider dans la Conférence intergouvernementale prévue pour l'année 2004). La Communauté, lors de la signature [12], et plus tard lors de la confirmation officielle de la convention [13], émit deux déclarations qui n'arrivent pas à dévoiler les mystères internes pour les pays tiers, qui bien sûr peuvent légitimement demander des explications, malgré ce que déclare la délibération 1/78 de la Cour de justice [14]. Il faut également remarquer à ce propos l'important arrêt du 10 décembre 2002 (C-29/99), rendu dans le cadre de la CEEA. On peut en déduire que ce genre de déclaration de compétences est susceptible d'un contrôle juridictionnel par la Cour de justice. Il s'agit d'un des nombreux problèmes juridiques que pose la mixité des accords, technique dont on a fait un usage abusif dans la pratique communautaire. Quoique la mixité soit souvent inévitable dans l'étape actuelle de l'intégration européenne, et qui facilite l'élaboration et l'ambition de nombre d'accords, sa généralisation dilue sans aucun doute la subjectivité internationale propre, la visibilité de la Communauté (ou de l'Union) sur la scène internationale.

Nous devons signaler que la confirmation officielle de la part de la Communauté européenne de la convention de 1982 – déposée quand une majorité de ses Etats, mais pas tous, avaient marqué leur accord à s'obliger –, génère un phénomène juridique-international anomal et interdit par la réglementation de la convention : les réserves formulées *de facto* par les Etats membres de l'Union non rattachés eux-mêmes à ce

traité international, mais impliqués sélectivement par la condition de la Communauté comme partie contractante.

La cohabitation de sujets entraîne des arrangements internes et internationaux hétérodoxes. Le caractère extrabudgétaire du Fond européen de développement (FED), qui nourrit les conventions ACP-UE, a été assumé par le droit primaire lui-même, mais il échappe à toute logique de l'intégration européenne. Le cadre des organes et des organisations internationales est prodigue d'accords *ad hoc*, que nous pouvons dénommer « utilitaristes ». C'est le cas du célèbre et éloquent accord « Proba 20 » conclu par le Conseil et la Commission, concernant la participation communautaire dans les accords internationaux de produits de base, dépourvu de tout fondement juridique, et publié au *Journal officiel* en réponse à une question du Parlement européen [15] !

Plus récemment, la Cour de justice a évoqué le principe de coopération qui doit présider à l'activité internationale conjointe de la Communauté et de ses Etats membres. Cependant, ce principe, espèce de manifestation extérieure du principe de loyauté communautaire – quoique à double sens –, n'a pas encore été doté de base juridique, ni de procédure, ni de modalités spécifiques visant à assurer l'unité de la représentation internationale.

Nous ne nous étonnons pas que la participation de l'Union dans des organismes internationaux ait comme principes dominants le particularisme et le pragmatisme. Par rapport à la définition de la participation communautaire au Fonds monétaire international, ce pragmatisme est brandi autant par la partie européenne que par l'institution de Bretton Woods elle-même, dans le but d'éviter les problèmes juridiques du thème, problèmes aggravés car l'Union économique et monétaire est un exercice de « géométrie variable » de la construction de l'Europe.

Quant à la FAO, la participation en tant que membre de la Communauté exigea la réforme préalable de la constitution de cette organisation, réservée jusqu'alors, comme tant d'autres encore, aux seuls Etats comme membres de plein droit. La participation a été articulée au moyen d'un accord singulier d'admission qui crée un statut juridique enchevêtré, centré sur l'exercice alternatif de droits et sur l'exclusion communautaire des organes restreints et de la contribution au budget ordinaire de la FAO. Et aussi la mal nommée « participation pleine » de la Communauté européenne à la Commission de développement durable de l'ONU renferme d'autres caractéristiques qui limitent la capacité juridique de la Communauté : on exclut son droit de vote et sa participation aux questions institutionnelles.

En revanche, dans le cas de la FAO, on a matérialisé la coopération interne désirable grâce à un « arrangement » interinstitutionnel, souscrit par le Conseil et la Commission moins d'un mois après l'admission de la Communauté. Cet arrangement a été protégé par la Cour de justice qui a déclaré nulle une décision du Conseil qui le contredisait. Cette décision assignait aux Etats membres le droit de vote au sein de la FAO afin d'adopter un accord pour promouvoir l'accomplissement des mesures de conservation et d'aménagement des bateaux de pêche qui pêchent en haute mer. Comme on peut l'observer, dans ce cas-là, la Cour a transféré autant pour l'arrangement interinstitutionnel que pour la décision du Conseil son concept informaliste et extensif de « l'acte juridique » aux effets du recours en annulation [16].

Cette vision aussi élargie d' « accord » englobe les actes unilatéraux des organisations internationales [17].

8. La participation de la Communauté européenne à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) mérite aussi un commentaire. Nous savons que la voix unique extérieure européenne s'exerce seulement en matière de politique commerciale. Nous n'aborderons pas les fissures qui endommagent l'exclusivité de cette compétence communautaire. Vu que les domaines de l'OMC débordent celui de la politique commerciale commune, selon l'avis 1/94 de la Cour de justice, on a procédé à la conclusion mixte des accords résultants du cycle de l'Uruguay, brisant de cette manière le *single undertaking* qu'ils supposaient, et donnant lieu à une application hétérogène interne dans l'ordre communautaire [18]. Alors, le principe de coopération invoqué par la Cour de justice pour résoudre la gestion conjointe des accords ne s'est même pas matérialisé au moyen d'un code de conduite, proposé et avorté. Mais nous devons ajouter immédiatement que ce manque d'accord exprès, même s'il n'est pas de nature politique, n'a pas empêché un arrangement pratique et satisfaisant dans les travaux de l'OMC. Ironie du droit ! Nous devons ajouter que l'aspiration raisonnable que le domaine de la politique commerciale commune s'étende jusqu'à s'identifier avec celui de l'OMC, a donné lieu à une disposition dans le traité de Nice, visant à réformer l'article 133 CE, dont l'ambiguïté révèle les craintes nationales de céder le pouvoir dans ce domaine, et donc de perdre leur condition de membres dans la jeune organisation internationale.

9. Evidemment, la valeur et l'efficacité juridiques des obligations internationales assumées par la Communauté sont dans une large mesure assujetties à leur réception et à leur application internes. On a dit que le monisme était la technique de réception communautaire des accords internationaux, quoiqu'elle ne figure nulle part et ne s'étende pas aux actes des organisations internationales [19]. En conséquence, les accords internationaux (jamais appelés, si cela dépend de l'Union, « traités » pour ne pas les confondre avec le droit primaire) sont conclus au moyen d'un acte interne d'une valeur simplement instrumentale. Cet acte interne prend la forme soit d'un règlement, soit d'une décision sans qu'il existe un fondement juridique vraiment solide pour le choix opéré [20]. Même la publication officielle de l'accord n'a pas été établie formellement jusqu'à la réforme en 2000 du règlement du Conseil [21]. La publication, de son côté, des accords basés sur l'article 24 UE peut être évitée par le Conseil sur la base des articles 4 et 9 du règlement (CE) 1049/2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission [22]. La jurisprudence européenne a eu l'occasion de discerner jusqu'à quel point les « relations internationales » peuvent comporter une exception à la transparence de la construction européenne [23]. Comme on le sait, ce terrain est propice à l'opacité.

Il est vrai que parfois les actes internes de réception ou de développement contiennent des règles internes additionnelles à celles d'origine externe destinées à renforcer la détermination et la portée des règles conventionnelles. Ceci arrive parfois avec les règles internationales en matière de protection de l'environnement. Il faut signaler aussi que quelques actes communautaires rendent précisément obligatoires des actes internationaux dépourvus d'effets contraignants, comme c'est le cas des recommandations émanant des organisations régionales de pêche [24]. Cependant, dans

d'autres occasions, on ne précise pas quelles obligations internationales concrètes sont accomplies par l'acte interne communautaire [25]. Il ne manque pas non plus une application interne de l'accord international au moyen de directives, de sorte que l'accomplissement d'un accord international non *self-executing* est réalisé au moyen d'une autre norme indirecte et médiate [26].

Cependant, il arrive aussi que la norme interne communautaire soit approuvée pour compenser l'échec des négociations internationales. A cet égard, ce qui s'est passé avec la suspension des négociations pour adopter un nouvel accord de pêche avec le Maroc est célèbre [27]. Dans le même droit primaire, l'article 111, al. 1 et 2, du traité CE prévoit que le Conseil formule des orientations générales (pour le moment inédites) face au manque (réel à ce jour) d'accords formels relatifs à la politique de taux de change avec les monnaies distinctes de l'euro. Il existe des cas où le droit interne communautaire intervient, face non au manque d'élaboration, mais au manque d'exécution des engagements internationaux [28].

En revanche, il est vrai que la matérialisation de la norme interne, son adoption ou son exécution, reste parfois subordonnée à l'adoption préalable de règles internationales qui lient aussi des pays tiers. A cet égard, le sujet de la fiscalité sur l´épargne est significatif. L'approbation définitive d'une directive communautaire en la matière dépendra de la signature préalable d'un accord international avec la Suisse et d'autres pays, auxquels, évidemment, on ne peut rien imposer *a priori*. Ces négociations, qui ne sont pas faciles, revêtent quelques particularités du côté communautaire : elles se déroulent selon un mandat émis par le groupe de haut niveau sur la fiscalité et la Commission est accompagnée par la présidence du Conseil.

Lorsque l'accord conclu est incorporé au régime juridique communautaire, il est subordonné à la « charte constitutionnelle d'une Communauté de droit », mais il doit prévaloir sur le droit communautaire dérivé [29]. Cependant, la fiabilité de ce rang dépendra en définitive de ce que la Commission étende sans réserves sur ces accords la surveillance de l'accomplissement du droit communautaire. Plusieurs témoignages montrent que la Commission n'observe pas, à l'égard des règles internationales, le même niveau de contrôle qu'à l'égard du droit communautaire interne. L'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire des « *télévisions turques* », par exemple, dénonce la mauvaise gestion par la Commission de l'accord d'association de la Communauté européenne avec la Turquie [30]. Il est vrai, logiquement, que dans quelques recours en manquement, comme fond de la norme interne directement violée, on trouve que des règles internationales sous-jacentes l'ont induite [31]. Il est vrai aussi que le contrôle interne sur les règles internationales qui font partie de l'acquis communautaire est réalisé de diverses manières, au-delà de l'ordre judiciaire, et par différents organes (Conseil, Parlement européen, Cour des comptes, médiateur, la Commission elle-même par d'autres procédures... [32]). Ce contrôle est salutaire, car il pallie les carences du droit international à ce sujet, vu le caractère principalement décentralisé de la société internationale, mais il est naturellement partiel et sélectif [33].

10. Par ailleurs, la technique de l'effet direct se manifeste d'une manière différente par rapport aux accords internationaux, quoiqu'elle s'oriente aussi vers la théorie du cas concret. Effectivement, à l'égard des règles conventionnelles, la Cour de

justice, avant d'analyser de façon particularisée la disposition en question, examine le système général de l'accord dont dépend cette disposition dans le but d'apprécier son adéquation pour générer des droits en faveur des particuliers. Cette adéquation est irréfragable quand il s'agit de normes internes communautaires. En outre, évidemment, l'appréciation des instances communautaires est relative, et ne peut s'imposer aux tiers. Dans ce sens, le juge Rodríguez Iglesias a admis que « la Cour peut élaborer plus aisément une jurisprudence créatrice à l'égard des règles communautaires dont elle assure une interprétation uniforme pour tout le domaine de leur validité qu'à l'égard des règles des accords (il fait référence au libre-échange), dont l'interprétation par la Cour de justice ne s'impose qu'à une des parties » [34].

Le cas des accords résultant du cycle de l'Uruguay est paradigmatique, car le Conseil [35], et plus tard à plusieurs reprises la justice communautaire, leur ont dénié l'aptitude à générer des droits en faveur des particuliers, pondérant aussi dans ce cas la doctrine de réciprocité. Cette négation s'est donc maintenue malgré la juridification incontestable expérimentée par les règles commerciales multilatérales par comparaison au GATT de 1947. En outre, la Cour de Luxembourg exige qu'il y ait dépendance directe de la règle interne communautaire par rapport à celle du système de l'OMC pour que celle-ci puisse se constituer en paramètre de légalité de celle-là [36]. Tout ceci restreint, du point de vue communautaire, la valeur juridique du droit applicable aux relations commerciales générales. Ce droit restant fondamental pour la première puissance commerciale du monde.

11. Dans ce même sens, il est intéressant d'observer l'extension de l'acquis communautaire interne aux pays tiers au moyen de la signature d'accords internationaux, souvent mais pas toujours, comme une phase préalable à une adhésion postérieure éventuelle. A cet égard, la Cour de justice n'a pas établi de principes uniformes, mais juge au cas par cas si la règle internationale identique à la règle interne doit être interprétée de la même façon. La Cour de justice a été une pierre angulaire pour la consécration et la consolidation du marché intérieur mais la libéralisation des échanges avec les pays tiers dépend aussi des circonstances et des volontés étrangères. Par exemple, l'objectif de créer une zone de libre-échange avec les pays de la Méditerranée pour l'année 2010 requiert un processus d'adaptation des règles des pays du sud à celles de la Communauté et le progrès de l'intégration régionale économique entre ces pays. L'augmentation normative des relations extérieures de l'Union n'est pas toujours accompagnée, à l'évidence, d'une augmentation institutionnelle qui les garantit.

Dans le cas de l'Espace économique européen, l'accord international le plus ambitieux, le plus extensif de l'acquis communautaire interne, les garanties institutionnelles ont été plus importantes, forçant les partenaires – des membres de l'Association européenne de libre échange – à un renforcement organique de cette organisation. Cependant, l'avis 1/91, émis par la Cour de justice sur une première version de l'Espace économique européen, est encore un exemple mémorable de la consistance et de la spécificité du droit primaire communautaire face à son érosion possible par un instrument juridique-international qui étend une grande partie des règles communautaires aux pays tiers sans intégrer de plein droit les cocontractants [37].

12. La Communauté européenne nourrit de plus en plus, grâce à la conclusion de traités internationaux, son acquis juridique d'origine externe et le trafic juridique-international général. Ces accords sont de plus en plus ambitieux (comme celui signé avec le Chili en mai 2002, qualifié de « quatrième génération plus ») ou s'étendent à de nouveaux domaines (après l'entrée en vigueur de sept accords sectoriels avec la Suisse, un nouveau cycle de négociations a déjà été entamé concernant dix nouvelles matières). L'introduction progressive de la politique migratoire et de la lutte contre le terrorisme dans l'action extérieure européenne est aussi significative. Naturellement, la plus grande densité des accords a comme conséquence indéfectible leur caractère mixte. Par ailleurs, ces accords de nature mixte n'empêchent pas la conclusion séparée et cohérente d'accords internationaux de coopération de la part des Etats membres, individuellement considérés. En outre, le droit conventionnel international de la Communauté est élargi par le droit conventionnel dérivé, c'est-à-dire l'adoption d'actes juridiques de la part des organes paritaires créés par les accords, spécialement importants dans le cas de l'accord d'association avec la Turquie, par exemple. Il est intéressant de noter que dans l'affaire *Deutsche Shell*, un de ces actes est interprété et pondéré, malgré son manque de force obligatoire, à cause de son lien direct avec la convention d'origine [38]. Par conséquent, la nature juridique du droit conventionnel dérivé n'est pas uniforme ni toujours transparente. Sa publication n'est pas non plus impérative, car elle dépend du critère du Conseil.

Le droit primaire n'impose pas toujours que la coopération internationale soit matérialisée sous forme d'accords internationaux [39]. Comme il est facile de le comprendre, la texture juridique devient plus dense avec les pays plus proches politiquement et géographiquement. Au contraire, avec d'autres pays, disons les « parias » de la communauté internationale, le rejet politique se traduit par une absence ou une suspension de relations conventionnelles. Logiquement, à cause des divergences, les innombrables réunions internationales que l'Union mène actuellement ne peuvent pas toujours aboutir à un communiqué conjoint. C'est le cas de la Conférence euroméditerranéenne célébrée à Marseille en 2001 : ces conférences sont médiatisées et dévaluées à cause du conflit persistant du Proche-Orient. Les accords internationaux ont toujours un fond et une motivation politiques, cela va sans dire. On peut s'expliquer ainsi l'accord de coopération signé – et célébré – avec le Pakistan, Etat revalorisé aux yeux des pays occidentaux après le terrible « 11 septembre » [40]. La structure du pouvoir est omniprésente dans les relations internationales : on s'explique ainsi la transcendance de l'adhésion de la Chine à l'OMC, précédée de la conclusion d'un accord politique bilatéral avec la Communauté européenne [41].

13. L'Union européenne participe et contribue à la prise d'engagements flous dans l'ordre international, par exemple dans des branches si prodigues de mensonges comme la coopération au développement. Ceci nous permet de comprendre l'engagement assumé par l'Union, sans détails ni précisions, au sommet de Monterrey (en mars 2002), d'atteindre en 2006 la moyenne du 0,39% du PIB en tant qu'aide officielle au développement.

Bien sûr, la Communauté conclut des accords de nature juridique (traités internationaux) mais aussi de nature nominalement administrative (comme ceux conclus par la Commission avec divers organismes internationaux [42]) ou politique.

Les raisons pour rejeter la signature d'un traité international proprement dit sont variées : ainsi, l'Australie a refusé de signer un traité avec la Communauté subordonnant la coopération au respect des principes démocratiques (clause que l'Union s'est imposé d'introduire dans ses accords de coopération) en invoquant que, sur ce terrain, personne ne pouvait lui donner de leçons. La paralysie fut débloquée grâce à la signature d'une déclaration en 1997 qui rappelle, mais n'impose pas, les valeurs démocratiques.

Il n'est pas toujours facile, bien sûr, de déterminer le seuil de la juridicité. Dans l'arrêt *France c. Commission* du 9 août 1994, la Cour de justice affirma, sans plus d'explications, et contre l'avis de la Commission, le caractère juridique-international de l'accord de libre concurrence signé par la Commission et les Etats-Unis [43]. Malgré cette condamnation de la Commission, l'accord continua d'être valide, et la Commission elle-même, autorisée par le Conseil, négocia un échange de notes d'interprétation postérieur à l'accord.

Les accords non normatifs ne sont pas, nécessairement, moins transcendants. La déclaration de Barcelone de 1995, qui a servi de point de départ et de cadre général aux accords d'association euroméditerranéens, possède ce caractère. D'autre part, la déclaration approuvée avec le Canada en 1990 étend les domaines de coopération par rapport à l'accord de 1976. Beaucoup recommandent, à cause de leur plus grande agilité et flexibilité (en évitant les lents processus de ratification ou en facilitant leur révision, par exemple) ce genre d'accords politiques, qui, de toute façon, ne doivent pas être utilisés comme une manœuvre pour éviter les contrôles démocratiques internes correspondants aux traités.

La nature politique de l'accord n'est pas toujours le symptôme d'une moindre observance par les parties. En matière de libre concurrence, on a signé des accords non normatifs avec les autorités du Canada et des Etats-Unis qui sont mis en œuvre régulièrement, et qui sont l'objet de rapports périodiques de la Commission rendant compte de son degré d'exécution [44].

Au contraire, d'autres accords, sous la nature formelle de traités internationaux parce qu'ils génèrent des effets juridiques internationaux, contiennent des dispositions programmatiques et même simplement rhétoriques, très peu coercitives : de bonnes paroles et des intentions sans beaucoup de volonté – et parfois de possibilité – de les mettre en pratique. Hormis le *soft law* formel, il y a beaucoup de cas de *soft law* matériel dans la diplomatie internationale, comme dans celle pratiquée par l'Union européenne.

14. Le droit conventionnel et le droit international général contraignent l'Union européenne. Quoique le droit primaire garde un silence absolu et critiquable à cet égard, l'arrêt *Racke*, surtout, confirme l'incorporation automatique, pleine et continue du droit international coutumier dans l'ordre juridique communautaire [45]. La coutume, on le sait, est labile et comporte un composant irréductible d'insécurité juridique qui accroît la détérioration de la règle de droit dans la construction européenne, en compliquant finalement la détermination du *situationnisme* juridique de l'Union européenne dans l'ordre international. Il faut tenir compte d'un facteur ajouté de complexité juridique par rapport à l'intégration européenne en particulier : le droit international est un système juridique créé principalement par et pour les

Etats, de sorte qu'il est encore plus alambiqué de déterminer dans quelle mesure ces règles générales sont applicables dans une organisation supranationale de ce genre. Il n'est pas très étonnant que la Cour de Luxembourg se soit trompée parfois dans son appréciation du droit international général applicable [46]. Dans le cas de l'arrêt *Racke*, les règles coutumières applicables proviennent, sélectivement, de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités conclus entre des Etats. La Communauté ne pourrait donc pas être partie contractante de ce « traité des traités » (la convention de Vienne sur les traités conclus par des organisations internationales, de 1986, n'est pas entrée en vigueur et n'a même pas été confirmée officiellement par la Communauté, qui la jugeait inadaptée à ses caractéristiques singulières). La codification en droit international est lente et incertaine, mais elle l'est davantage encore pour les sujets non étatiques. En matière de responsabilité internationale, la convention de Vienne précitée de 1986 n'approuva pas finalement l'article 36 *bis*, selon lequel les Etats membres sont tenus de respecter les obligations du traité si le traité constitutif de l'organisation le stipule ou si les parties contractantes du traité et les Etats membres de l'organisation le conçoivent. En conséquence, dans le droit international, il n'y a pas de règles générales certaines sur le régime de responsabilité des Etats membres des organisations internationales pour les faits illicites commis par elles. Dans ce domaine, le droit communautaire ne jette pas plus de lumière : l'arrêt *Kupferberg*, dicté en 1982, suggère une relation juridique directe entre les Etats membres et les cocontractants de la Communauté. Cependant, quelques années plus tard, cette idée semble disparaître délibérément dans l'arrêt *Demirel*, de 1987 [47]. Dernièrement, l'avis 2/00, émis le 6 décembre 2001, semble déclarer la responsabilité unique de la CE dans le cadre de ses compétences exclusives et délimitées. En réalité, tout le régime international de responsabilité subit des carences normatives et institutionnelles. L'autotutelle est encore permise, sous certaines conditions, et l'Union s'y livre occasionnellement et de manière discrétionnaire. Ainsi la loi *Helms-Burton*, promulguée par les Etats-Unis pour pénaliser les investissements étrangers à Cuba sur les biens américains confisqués par la révolution castriste, a fait l'objet de règles de réplique (destinées, plutôt, à la prévention et la dissuasion) dans les trois piliers de l'Union [48].

Les corsets politiques et juridiques qui entourent la justice privée donnent lieu à des décision elliptiques, comme celle prise par le Conseil européen de Séville (21 et 22 juin 2002) à l'égard des pays tiers qui ne combattent pas l'immigration illégale depuis leur territoire : « Le Conseil, après que les mécanismes communautaires existants auront été épuisés sans résultat, pourra constater, à l'unanimité, un manque de coopération non justifié de la part d'un pays tiers dans la gestion commune des flux migratoires. Dans ce cas, le Conseil pourra adopter, conformément aux règles de traités, des mesures ou des positions dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres politiques de l'Union européenne, tout en respectant les engagements contractés par l'Union et sans mettre en cause les objectifs de la coopération au développement ». En outre, la Communauté partage avec les autres sujets la réticence générale vis-à-vis des procédés d'hétérosolution des différends internationaux, surtout juridictionnels (sans considérer que la voie contentieuse devant la Cour internationale de justice lui est statutairement interdite : un exemple

additionnel des difficultés que la construction européenne éprouve pour s'introduire dans un droit prioritairement constitué d'Etats et, accessoirement, d'organisations internationales de coopération).

En somme, la faible distinction entre la *lex lata* et la *lex ferenda*, le seuil diffus de juridicité (la normativité relative) dans le droit international est accentué quand il s'agit de normes coutumières, encore très représentatives dans ce système juridique.

L'ambiguïté finit par affecter les principes structurels de ce système, formulés dans la charte de San Francisco. La pratique de l'Union nourrit et accélère, certes, la gestation et la consolidation de la coutume. L'on peut invoquer, à cet égard et à titre d'exemple, la référence à la déclaration universelle des droits de l'homme dans des accords internationaux. Mais cette pratique diplomatique européenne favorise aussi la confusion sur l'identité de la coutume (en honorant formellement, par exemple, la convention de Genève de 1951 sur le statut du réfugié qui, dans la pratique, s'affaiblit), et de ces mêmes principes structurels.

Prenons comme exemple la promotion extérieure des droits de l'homme et de la démocratie, l'une des pierres angulaires des relations internationales de l'Union, et surtout de sa politique de coopération au développement. La réalisation de cet objectif se débat dans des considérations et des contradictions politiques qui limitent son efficacité et finissent par affaiblir la valeur juridique de la clause démocratique insérée dans tous les accords internationaux de coopération. En fait, la suspension de la coopération à cause d'une violation grave des principes démocratiques a seulement affecté huit Etats (tous ACP) [49]. Cette donnée montre clairement la prudence guidant l'Union européenne dans ce domaine. Au milieu de tout cela, il y a une grave complication juridique (qui est aussi philosophique et morale) : le principe vecteur de la protection des droits de l'homme entre en conflit avec un autre principe vecteur : la non-intervention dans les affaires internes d'un autre Etat. La contradiction entre ces deux vecteurs de la normative internationale – l'un contemporain et émergent, l'autre classique – se reflète dans des textes internationaux souscrits par l'Union. Ainsi la déclaration de Rio de Janeiro, adoptée lors du premier sommet de l'Union européenne avec l'Amérique latine et les Caraïbes (28 et 29 juin 1999), parle résolument des objectifs communs et centraux de la démocratie représentative et participative, des libertés individuelles, de l'Etat de droit, etc. Toutefois, dans l'alinéa précédent, les principes de non-intervention et de l'égalité souveraine de tous les Etats sont aussi évoqués… Face à cette confusion, on comprend parfaitement que le Parlement européen ait sollicité l'adoption d'un code de conduite en la matière, dépourvu de caractère contraignant, ainsi que d'une agence visant à la surveillance de ce genre de situations et de décisions [50].

15. Dans les réflexions et considérations précédentes, nous avons indiqué, de façon superficielle, quelques déficiences juridiques qui dégradent la politique extérieure de l'Union européenne. Mais nous allons terminer par un paradoxe gratifiant. Il ne faut pas se tromper : l'Union européenne est aussi la zone du monde où le droit international est le plus respecté et le plus encouragé (le cas de la Cour pénale internationale est exemplaire… si les pressions américaines sont finalement surmontées).

L'articulation interne de l'Union, l'affirmation de son identité internationale, avec plus de moyens, de détermination, de cohésion et de cohérence, seraient non

seulement une bonne nouvelle pour l'européisme, mais aussi pour une nécessaire « communauté internationale de droit ». Comme les conclusions du Conseil européen de Nice (décembre 2000) l'ont laissé entendre, l'Union doit veiller tant à une meilleure gouvernance européenne qu'à une meilleure gouvernance mondiale [51] et le rapport entre ces deux idées est beaucoup plus étroit qu'il n'y paraît.

Notes

[1] J.-V. Louis, « La Communauté européenne et ses Etats membres dans les relations extérieures », *Revue d'Intégration européenne,* 1983. p. 232.

[2] R. Alonso García, « El *soft law* comunitario », *Revista de Administración Pública,* nº 154, 2001, p. 63-94.

[3] E. Stein, « External Relations of the European Community : Structure and Process », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, Vol. I-1, p. 127.

[4] Voy. les réflexions écrites à cette époque par D. J. Liñán Nogueras : « La cooperación política europea : evolución y perspectivas », *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1988, p. 439-480.

[5] Pour le code de conduite, voy. *Bull. UE*, 6-1998, point 1.4.7. Le Parlement européen a émis, par exemple, une résolution du 3 octobre 2001 sur le troisième rapport annuel du Conseil établi en application du point 8 dispositif de ce code, *Bull. UE*, 10-2001, point 1.6.7. Notons que le Conseil lui-même, après les tragiques évènements du « 11 septembre », a demandé l'application intégrale de ce code, en lui donnant ainsi une force et une détermination supplémentaires. *Bull. CE*, 12-2001, point 1.4.10.

[6] Voy. l'arrêt du 14 janvier 1997, aff. C-124/95, *Centro-Com*., *Rec*., p. I-81. L'affaire *Bangladesh*, résolue par la Cour de justice le 30 juin 1993, est intéressante à ce sujet. Dans l'arrêt, le recours du Parlement européen contre une décision des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, a été rejeté car il ne s'agissait pas d'un acte institutionnel de la Communauté européenne. Le but de cette décision était d'accorder une aide d'urgence au Bangladesh, aff. C-181/91 et C-248/91, *Rec*., p. 3685.

[7] Voy. l'arrêt *Centro-Com*., précité. Notons l'affaire dite « *Talibans* », qui a fait l'objet d'une première ordonnance du président du Tribunal de première instance le 7 mai 2002, aff. T-306/01 R. Au fond de l'affaire, il y a la question capitale de savoir quelle est la marge d'appréciation par l'Union européenne en ce qui concerne l'application des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies.

[8] Voir par exemple la déclaration conjointe sur le dialogue politique entre l'UE et le Mercosur, adjointe à l'accord cadre interrégional, publié dans le *JOCE*, n° L 69, 19 mars 1996.

[9] *Bull. UE*, 6-1994, point 1.3.6.

[10] *JOCE*, n° L 125, 5 mai 2001.

[11] *JOCE*, n° L 241, 11 septembre 2001.

[12] *Bull. UE*, 12-1982, p. 153.

[13] *JOCE*, n° L 179, 23 juin 1998.

[14] Délibération du 14 novembre 1978, *Rec*., p. 2178.

[15] *JOCE*, n° C 277, 26 octobre 1981.

[16] Arrêt du 19 mars 1996, aff. C-25/94, *Commission c. Conseil*, *Rec*., p. I-1469.

[17] Voy. avis 2/92, du 24 mars 1995, relatif à la compétence de la CE ou d'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de la OCDE sur le traitement national, point 8.

[18] *JOCE*, n° L 336, 23 décembre 1994.

[19] Il est intéressant, à ce sujet, de lire la résolution du Parlement européen sur les relations entre le droit international public et le droit constitutionnel des Etats membres, du 2 octobre 1997 (*JOCE*, n° C 325, 2 octobre 1997). Plaidant pour une solution dualiste, dans son point 14, elle demande une solution claire à la relation entre le droit international public et le droit communautaire, qui devra être incluse dans le traité CE, allant dans le sens où le droit international ne serait pas applicable directement, mais seulement après que son applicabilité a été déclarée au moyen d'un acte juridique interne de la CE ou après la transformation de son contenu en actes juridiques de la CE.

[20] J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998. p. 4 et s.

[21] Voy. dernièrement la décision du Conseil du 22 juillet 2002 portant adoption de son règlement intérieur, *JOCE*, n° L 230, 28 août 2002.

[22] *JOCE*, n° L 145, 31 mai 2001, p. 43.

[23] Par exemple, l'arrêt du 6 décembre 2001, aff. C-353/99, *Conseil c. Heidi Hautala*.

[24] Voy. le règlement (CE) 1936/2001 du Conseil prévoyant certaines mesures techniques de conservation pour certains stocks de poissons grands migrateurs, *JOCE*, n° L 263, 3 octobre 2001. Parfois il arrive qu'un accord international à caractère politique devienne de nature

juridique au moyen de l'incorporation de son contenu à un acte de droit communautaire dérivé. Voy. le règlement (CE) 2587/01 du Conseil, *JOCE*, n° L 345, 29 décembre 2001. Ce règlement visait à appliquer la deuxième phase de l'accord conclu entre l'Union, les Etats-Unis et l'Equateur pour mettre fin au contentieux sur les bananes

[25] Par exemple, le règlement (CE) 3381/94 du Conseil du 19 décembre 1994, établissant un régime communautaire de contrôle des exportations de produits de double usage, *JOCE*, n° L 367, 31 décembre 1994. Dans les attendus initiaux, il est expliqué sans plus de détails que le règlement était nécessaire pour accomplir les engagements internationaux des Etats membres et de l'Union, spécialement en matière de non-prolifération. On retrouve la même idée dans le règlement (CE) 1334/2000, du 22 juin 2000, en vigueur, qui révise ce régime, *JOCE*, n° L 159, 30 juin 2000. Notons aussi que les obligations internationales sont parfois transposées en actes de la PESC. C'est le cas de la position commune du Conseil relative aux mesures contre les mines antipersonnelles. L'objectif de cet instrument est de renforcer les initiatives communautaires en conformité avec la convention d'Ottawa et les obligations internes de la Communauté. *Bull. UE*, 5-2001, point 1.6.58.

[26] Voy., par rapport à la convention d'Aarhus, par exemple, la position commune arrêtée par le Conseil, en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains programmes relatifs à l'environnement et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil, *JOCE*, n° C 170, 16 juillet 2002.

[27] Règlement (CE) 2561/2001 du Conseil du 17 décembre 2001 visant à promouvoir la reconversion des navires et des pêcheurs qui étaient, jusqu'en 1999, dépendants de l'accord de pêche avec le Maroc, *JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001. Une constatation doit également être faite des accords subsistants en matière de pêche entre la République de l'Afrique du Sud et l'Espagne et le Portugal, malgré la compétence exclusive de la Communauté dans ce secteur. Ces accords sont l'objet d'une décision périodique du Conseil autorisant la prorogation de ces accords. Voy. la décision du 22 avril 2002, *JOCE*, n° L 116, 3 mai 2002.

[28] Règlement (CE, Euratom) 2728/94 du Conseil, du 31 octobre 1994, instituant un Fonds de garantie relatif aux actions extérieures. Ce fonds est destiné à rembourser les créanciers européens en cas de non-paiement d'un prêt accordé ou garanti par la CE en faveur de pays tiers.

[29] Arrêt du 10 septembre 1996, aff. C-61/94, *Commission c. Allemagne*, accord international sur les produits laitiers, *Rec*., p. I-3989.

[30] Arrêt du 10 mai 2001, aff. jtes T-186/97 et autres.

[31] L'arrêt du 7 mai 2002, aff. C-364/00, *Commission c. Pays-Bas,* est intéressant à cet égard. La Cour condamne les Pays-Bas pour ne pas avoir adopté en temps voulu la directive du Conseil de 1997 sur la sécurité des navires de pêche. Les Pays-Bas alléguaient que cette directive consistait uniquement à renvoyer les Etats membres au texte du protocole de Torremolinos de 1993. La Cour déclare qu'un Etat membre ne peut invoquer les dispositions vagues, non traduites et non consolidées d'une convention internationale pour ne pas appliquer la directive dans les délais prévus.

[32] En effet, il est remarquable que quelques actes juridiques de nature externe soient l'objet de rapports périodiques élaborés par la Commission. Par exemple, le rapport annuel sur l'application du règlement (CE) 2259/96 sur le programme européen de reconstruction et développement (PERD) en Afrique du Sud (1999), COM (2001) 78, du 12 février. Plus généralement, on doit mentionner les mécanismes divers destinés à surveiller et évaluer les accords internationaux en matière de pêche : communication de la Commission COM (96) 488 ; résolution du Parlement européen, *JOCE*, n° C 167, 2 juin 1997 ; conclusions du Conseil,

Bull. CE, 10-1997, point 1.2.212 ; rapport spécial de la Cour des Comptes nº 3/2001, *JOCE*, n° C 210, 27 juillet 2001.

[33] Voy., par exemple, le règlement (CE) 215/2001 du Conseil, du 29 janvier 2001, modifiant un règlement précédent qui établissait certaines mesures de contrôle applicables dans la zone de la convention sur la future coopération multilatérale pour la pêche en Atlantique du Nord-Est, *JOCE*, n° L 31, 2 février 2002.

[34] G. C. Rodríguez Iglesias, « Le juge communautaire face au libre-échange », *in* O. Jacot-Guillarmod, *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zurich, 1990, p. 232.

[35] Voy. les derniers attendus de la décision du Conseil du 22 décembre 1994, relative à la célébration au nom de la CE, en ce qui concerne les thèmes de sa compétence, des accords résultant des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *JOCE*, n° L 336, 23 décembre 1994.

[36] Voy. par exemple, l'arrêt du 23 novembre 1999, aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*. Il s'agissait de savoir si des mesures devaient être adoptées pour respecter les obligations prévues dans le cadre du GATT ou si l'acte communautaire devait s'en remettre expressément aux dispositions précises de cet accord général.

[37] Avis 1/91, du 15 décembre 1991, *Rec*., p. I-6079. Voy. aussi, sur ces questions, le raisonnement de la Cour dans son avis 1/00, du 18 avril 2002.

[38] Arrêt du 21 janvier 1993, aff. C-188/91, *Rec*., p. I-382.

[39] Par exemple, article 149, par. 3, du traité CE, relatif à la politique communautaire en matière d'éducation.

[40] Voy. la déclaration, du 24 novembre 2001, de la Présidence de l'UE à l'égard de la signature de l'accord de coopération, *Bull. UE*, 11-2001, point 1.6.22.

[41] *Bull. UE*, 5-2000, point 1.6.28.

[42] Appartient aussi à ce genre, par exemple, l'accord signé par Europol et Interpol le 9 novembre 2001 pour l'échange de renseignements opérationnels et techniques.

[43] Aff. C-327/91, *Rec*., p. I-3641.

[44] Voy. le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de ces accords (2000), COM (2002) 45, du 29 janvier.

[45] Arrêt du 16 juin 1998, aff. C-162/96, *Rec*., p. I-3655.

[46] Par exemple, l'arrêt de 27 février 2002, aff. C-37/00, *Herbert Weber c. Universal Ogden Services Ltd*.

[47] L'arrêt *Kupferberg* fut rendu le 26 octobre 1982, aff. 104/81, *Rec*., p. 3641 ; l'arrêt *Demirel* le 30 septembre 1987, aff. 12/86, *Rec*., p. 3719.

[48] Voy. le règlement (CE) 2271/96 et l'action commune 96/668/PESC/JAI, *JOCE*, n° L 309, 29 novembre 1996.

[49] Il est intéressant de constater que la suspension est prise unilatéralement par l'Union après la consultation avec le pays concerné. Voy., par exemple, la décision 2002/148/CE du Conseil, qui met fin aux consultations commencées avec le Zimbabwe en application de l'article 96 de l'accord de Cotonou, *JOCE*, n° L 50, 21 février 2002. Dans cette décision, on suspend le financement de tous les projets, sauf ceux qui bénéficient directement à la population.

[50] Résolution du 25 avril 2002 relative à la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant le rôle de l'Union européenne dans la lutte pour les droits de l'homme et la démocratisation des pays tiers, *Bull. UE*, 4-2002, point 1.2.5.

[51] Voy. aussi à cet égard le livre blanc sur la gouvernance, publié par la Commission européenne le 25 juillet 2001.

TROISIÈME PARTIE

L'Union économique et monétaire

EMU : Consolidating and Extending the Policy System

Iain Begg

Economic and monetary union in Europe (EMU) has made impressive progress in its first four years and, in so doing, has demonstrated the prescience and skill of those who designed its institutions, drafted the statutes and negotiated the Treaties. In particular, it is to the credit of people like Jean-Victor Louis, who did so much to develop the legal framework for the European System of Central Banks, that so fundamental a change in the economic governance of the EU has happened with a minimum of disruption.

However, the task of constructing a robust policy framework for EMU is far from complete, and intellectual input of the calibre of that provided by Jean-Victor continues to be needed. He may formally retire, but he will be in demand for many years to come : to use a British metaphor, the carpet slippers and the cardigan will have to wait. This essay takes stock of EMU as a policy system and tries to identify some key policy domains in which there is significant unfinished business. The next section briefly reviews how EMU has "performed" so far, then three broad areas of potential reform are examined : policy co-ordination, prudential supervision and institutional development. Concluding remarks complete the chapter.

A. The Record so far…

In many respects, EMU has exceeded expectations. The machinery for decision-making on monetary policy functions effectively and few people look back nostalgically to national monetary policy-making. The introduction of euro notes and coins has been so smooth that the catalogue of horror stories that the more euro-sceptic press, notably in the UK [1], had looked forward to publishing lies mouldering in the archives. A first economic downturn, exacerbated by the tragic events of 9/11

has been weathered and the various elements of the policy system appear to have done their jobs broadly as intended.

So far, the new institutions developed to run EMU have performed as well as could reasonably be expected. The European Monetary Institute, ably led for most of its brief life by Alexandre Lamfalussy, prepared the ground during stage two of EMU for the establishment of the ECB, the TARGET payments system and the many other technical aspects of monetary with which it was charged. No doubt, the Chief Legal Counsel of the Belgian National Bank played his part in these achievements. The ECB has moved rapidly from the drawing-board to become a respected central bank, and even critics of the speed or extent of its interest-rate changes acknowledge that it has been significantly more activist than the Buba and that fears of a hard-line and insensitivity have proved to be unfounded. Indeed, the adverse comparisons with the Fed from early 2001 have now given way to a (sometimes grudging) recognition that the desirable degree of activism is a fine judgement. To the extent that there is disagreement with the ECB's strategy, it is about shades of grey in the economics and the technical detail of the two pillar approach to monetary policy [2], not fundamental dismay about the institution.

Gradually, too, economic governance of the euro area (and the EU as a whole) is being fleshed-out as modalities for policies complementary to monetary policy are established. The various committees responsible for developing policy, such as the Economic and Financial Committee (successor to the old Monetary Committee, focusing on the shorter-term) and the Economic Policy Committee (more concerned with longer-term macroeconomic matters) are reported to function effectively. Ecofin, the body that, in principle, is the custodian of the "E" in EMU often has to balance the interests of Member States and this can raise problems in the co-ordination of Member State policies called for in Article 99. But it is, perhaps, worth stressing that, contrary to the experience of the past twenty years, Member States have avoided marked budgetary imbalances and have taken care to respect the terms of the Stability and Growth Pact (SGP) – even the Portuguese and German transgressions are relatively minor.

Part of the challenge of EMU is to go beyond monetary integration and fiscal policy co-ordination to reshape the policy system, especially to enhance the role of the supply-side in economic adjustment. This is sensitive territory, because, on the one hand, with discretion on the demand-side more constrained, it is to the supply-side that Member States will have to look to facilitate adjustment. On the other hand, if Member States' structural policies become divergent, there could be potentially damaging competitive policy-making. As a means of resolving this dilemma, the "invention" of the open method of co-ordination (OMC) has been pivotal, because it has allowed progress to be made in integrating sensitive policy areas – employment, social inclusion, pensions – in which Member States have been loath to cede power. The various "processes' under which different policies are co-ordinated, such as the Luxembourg process for employment policy, have also been instrumental in developing the policy system, albeit with somewhat limited tangible impacts to date in terms of new jobs.

Disappointments and Difficulties

Manifestly, it has not all been plain sailing. The external value of the euro in its first forty months was, arguably, a disappointment to those who expected it to rival the dollar – even though, to many economists, the resulting competitive exchange rate was probably beneficial. Numerous stories have been put forward to explain the euro's weakness, some more immediately plausible than others, but it is likely that the ambiguity about competence for the exchange rate played a part. Certainly, in successive *Entretiens Monétaires de Lyon* precisely these outcomes were foreseen and debated in sessions to which both Jean-Victor Louis and the present author contributed. The euro has also been troubled by dubious presentation. Wim Duisenberg has, of course, had a torrid time of it and is unfairly blamed for too much, but equally, there are good grounds for believing that improvements in, to put it circumspectly, the euro's public relations could help to enhance economic management.

The Stability and Growth Pact is also coming in for criticism. It stands accused of being simultaneously too rigid, too lenient, asymmetrical and economically illiterate. The first charge is that a system which sets the same (overly simple) rules for all and enjoins governments to reduce deficits in the middle of a recession is too blunt an instrument. The concern about leniency (and possible inconsistency born of political expediency) arose in relation to the non-reprimand in spring 2002 of Germany and Portugal and the reluctance to push France to accelerate moves to bring its budget deficit towards balance. If the rules are bent the first time they are tested, and can be fudged so easily, can the disciplining function of the Pact be regarded as credible?

The asymmetry arises because, although the SGP has clear rules for preventing excessive deficits, it has no provisions for dealing with fiscal positions that might be problematic for other reasons. An excessive surplus could, for instance, have spillover effects on other economies in much the same way as a deficit does, if in the opposite direction. Nor does the Pact have any means of adding up the individual deficits to arrive at an EU-wide fiscal stance. As a result, there is no easy way to ensure that the macroeconomic policy mix will have the right blend of settings for fiscal and monetary policy. If the collective fiscal position is too loose, the ECB would, *ceteris paribus*, be expected to react by keeping interest rates higher, and *vice-versa* [3].

The accusation of economic illiteracy was, with characteristic robustness, levelled most vocally by Willem Buiter [4], but has wide support in the economics profession, if not in cognate disciplines. In essence, it is that there is no underlying rationale for having arbitrary limits on deficits, because governments should be free to choose – taking whatever consequences there are for borrowing costs or inter-generational equity. Moreover, a single reference value such as the 3% deficit ceiling is highly unlikely to be correct for all countries at the same time or all the time. Some may have a need for higher public investment to remedy deficiencies in infrastructure or to bolster the technological base – such as the UK today or the Central and Eastern European Countries tomorrow – while others might need to engage in net public savings, either to run down excessive debt or in anticipation of future pension demands – Italy is the obvious example.

Yet there is a contrary case that typically troubles economists while being persuasive to the legal scholars. This is that without the anchor of simple rules

enshrined in hard law, policy anarchy is much more probable. The nature of the rules may be doubtful or at variance with the inferences drawn from the economic reasoning, but as political economy devices which help to keep policy-makers on course, they can have a pragmatic impact that belies their questionable theoretical rationale. This is just one example of the importance in thinking about how to run EMU of how the juridical viewpoint can enrich the economic analysis, rather than being seen as tangential to it. Economists would do well to take heed of works such as the *Eurospectator* study led by Jean-Victor Louis [5].

B. The Menu of Unfinished Business

Consolidation of EMU will inevitably take time and entail evolutionary change in a wide variety of areas. Here we focus on three areas, all of which have featured in Jean-Victor Louis's *œuvre* : the extent and character of policy co-ordination ; the future of prudential supervision ; and possible reforms of the institutional framework.

1. Co-ordination of Economic Policy

The expression "co-ordination" covers a surprisingly broad range of economic policy issues. It can refer to the manner in which coherence – the "policy mix", however defined – is achieved between different domains of policy, or to the mechanisms for ensuring that the national policy stances within a single domain are compatible. Article 99 of the Treaty essentially concerns the latter, yet it is in the former that there is the most evident unfinished business. In the conclusions of the Barcelona European Council, co-ordination is equated above all with fiscal policy and the SGP is highlighted as its fulcrum. Yet even a cursory look at how policy is being co-ordinated in the EU shows not only that there is much more of it going on, but also that it is being done through an eclectic range of approaches. Even a summary enumeration shows the diversity.

— The SGP is rooted in a resolution of the 1997 Amsterdam European Council and is given force in two regulations agreed in 1997 (1466/97 and 1467/97). The first regulation covers surveillance and co-ordination of economic polices, while the second stipulates what constitutes an excessive deficit and how the rules are to be enforced. It is, thus, hard law, even if the discretion exercised in practice waters down the potency of the rules.
— The Broad Economic Policy Guidelines, although notionally the over-arching framework for economic policy, have the status merely of recommendations, with the implication that governments need not heed them, even if peer pressures make it awkward to dissent.
— Then, there is the OMC which appears to strike a balance between the quest for common policies (or, at least, policy aims) and national discretion in implementing them. In those policy areas subject to OMC, moreover, very different approaches are adopted. The most developed is the Luxembourg Process in which the annual cycle of guidelines, National Action Plans and Commission monitoring is now, almost, routine, but it only represents one possible model and the principles behind the OMC do not preclude other designs. Indeed, for social

inclusion policy (the Nice European Council) or pensions (the Laeken European Council), the modalities are distinctly different.

— The Lisbon agenda, meanwhile, can be castigated as being little more than a wish-list. At one level it represents a co-ordinated strategy, but in the absence of authentic common policy instruments, it lacks bite.

As Commission (2002) shows, the system at present is multi-faceted and, in aggregate, amounts to an impressively broad range of co-ordination. But the underlying question is whether it provides a policy framework that is robust enough for what EMU will become five, ten or twenty years hence. In particular, can the present reliance on the OMC for so many important areas of supply-side policy survive and prosper? On this, the jury is out, but there are other facets of policy co-ordination that also warrant more thought. At the heart of the matter is what the EU has become, or is moving towards, as a system for economic governance. If the *finalité économique* is to be a substantially integrated European economy, as is implicit in Article 2 of the Treaty, not to mention the rhetoric surrounding the single market and the necessity for it of a single currency, then Member State economic policies will have to be more closely aligned. If they are not, tensions in the system will inevitably grow, making it more difficult to maintain the integrity of the single market.

The questions about economic policy co-ordination are many and there are strongly held views about its extent or form [6]. How much co-ordination should there be? Should it be confined to individual policy areas or have a wider remit to cut across policy borders, perhaps even leading to outcomes where bargaining occurs on the settings of different policies? Should it be formal or tacit? What legal and institutional reforms will be needed if co-ordination is to be enhanced? We return to the last question below in discussing institutional reforms, but it is clear that even in the present framework there is much to debate.

One of the most hotly contested issues is whether there ought to be explicit co-ordination between fiscal and monetary policy at EU level that would lead to the sort of "policy mix" approach that used to be commonplace in national economies. Many say "no" [7] on the grounds that the optimal outcomes will be achieved if policy-makers keep their own houses in order, and the opposition of ECB representatives is pretty clear [8]. Indeed, it could be argued that if any central bank is genuinely to be independent, then it simply cannot countenance any form of co-ordination that might lead it to compromise its mandate. Many other economists disagree vehemently and argue not only that co-ordination between fiscal and monetary policy ought to occur, but also that there are dangers in pinning so much on a single view of how the economy works. The notion that there is only one true model [9] or that there can only be one feasible strategy for euro area policy [10] is rejected by the latter group.

Co-ordination can, moreover, be widened to embrace much more on the supply-side on the grounds that this is where a greater proportion of economic adjustment will have to occur under EMU, but there is something of a problem here in that most of the analysis in economics has been confined to demand-side macroeconomics. OMC is a pragmatic solution that overcomes the suspicions engendered by the weakness of the Commission and visceral Member State fears about ceding sovereignty. It has also, notably in the social policy arena [11], broken the logjam that had paralysed initiatives

for so long. Still, however, there is a challenge : can a method that eschews hard law and its attendant range of formal obligations, has no means of enforcement other than peer pressures, and is without sanctions for non-compliance deliver effective policy ? Put differently, is OMC a passing phenomenon that will rapidly have to be supplanted by legislation, or does it provide precisely the sort of flexible instrument that represents a new *méthode communautaire* for the next phases of European integration ? Jean-Victor, we await your insights, because the next question is bound to be whether OMC should also be applied to other policy domains.

2. Prudential Supervision

As the European financial area becomes progressively larger and more integrated, important governance questions will arise about the manner in which the financial services industry is regulated and supervised, the institutional make-up of the governance system, and the roles of different levels of governance. How these matters evolve will have a substantial impact on the character of the European financial area. Moreover, the stability, efficiency and innovativeness of the financial system are widely recognised to be of critical importance in sustaining the economic momentum of advanced economies. Not only is the efficiency of the financial system an important ingredient of economic performance generally, but there is a role for regulation and supervision in contributing to this.

Growing pressures to accelerate implementation of the Financial Services Action Plan (FSAP) testify to the concern in many quarters that the EU is vulnerable to the slow progress in financial integration. Regulation and prudential supervision of financial intermediaries have traditionally been among the core functions of central banks. Although many countries have created separate institutions to implement regulatory policy in this domain, in most cases the central bank has retained a pivotal role. One of the compelling reasons for this is that the conduct of monetary policy relies on stable and predictable responses from the financial sector. The central bank has a pivotal role also because, universally, and irrespective of who is responsible for the supervision of individual banks, the central bank is responsible for systemic stability. Yet many facets of the governance of the euro financial area remain to be resolved. Policy responsibilities are divided between Member States, the various EU institutions, international organisations such as the Bank for International Settlements (BIS) and market practitioners.

From collaborations with Jean-Victor on these issues [12], it is evident that he has little sympathy with those, such as his ULB colleague Mathias Dewatripont, who advocate less intrusive prudential supervision and argue that greater resort to market disciplines can achieve the desired aims in a more pro-competitive and efficient manner [13], a proposition based on economic theorising that many legal scholars regard as beyond the pale. Yet it is a testimony to his intellectual curiosity that, unlike many legal scholars, he has arrived at his views after careful consideration of the economic case.

The Treaty contains only loose enabling clauses about the prospective future involvement of the ECB, in particular, in prudential supervision. EMU has, however, given a renewed impetus to the creation of a single European financial area, and with

the 2005 deadline for realisation of the Financial Services Action Plan, coinciding with enlargement of the Union, there is now an urgent need to move forward in dealing with financial integration. The world of banking too, has evolved considerably, raising challenging new issues for supervisors [14].

Perhaps the most intriguing questions here are when (it probably no longer makes sense to ask "whether") some more extensive form of Europeanisation of prudential supervision will occur, and what form(s) it will take. The inexorable trend is towards financial intermediaries with a pan-European (often global) reach. The ECB is the body mentioned in the Treaty in connection with supervision, yet the drift elsewhere in the developed world is to separate the central banking and supervisory/regulatory functions. It is, plainly, a topic on which the complementary skills of economists and legal scholars will be needed, as there are constitutional restraints on what can be changed and complex legal challenges if new machinery is to be developed. Nevertheless, new economic approaches to how to deal with these issues are surfacing and the inter-play between the law and the economics in the evolution of this area promises to be fascinating to watch.

3. Institutional Development

Although the institutions for running EMU have, as discussed above, worked pretty well so far, it is nevertheless important not to be lulled into thinking that the system is either sufficiently comprehensive or that the functioning of different elements of it could not be improved. A number of crucial questions arise in this regard.

— First, is the overall design of the system appropriate? With the exception of the assignment of competence for the exchange rate, there is little ambiguity about who is responsible for what under the Treaty. But that does not preclude the creation of further institutions or some reassignments, even if the watchword is less rather than more.
— Second, are the structures, procedures and decision-making of the various institutions optimal? It would be a surprise if, on the one hand, the initial designs of institutions were always ideal and, even if they were, whether they remain suited to an evolving context. An example is the growing disquiet about whether the institutions of the original EEC-6 can continue to be extended as new members join. On the other hand, there are bound to be aspects of the functioning of institutions that do not live up to expectations.
— A third set of questions concerns the arrangements for holding institutions to account and ensuring that their methods are sufficiently transparent to make the nature of their decisions predictable and understandable. Both these considerations, in turn, bear on the legitimacy that the institutions enjoy.

C. Overall Economic Management of the EU

Starting with the first question, a proposition that has been put forward with some vigour is that EMU lacks a fiscal counterpart to the ECB and that the solution is the establishment of a *gouvernement économique* which would fulfil this function [15].

Three different arguments can be adduced in support of this call. The first is that there is simply an imbalance in power that could result in too great a weight being assigned to narrowly monetary objectives, and not enough to the real economy, although some would argue that a low inflation environment is, itself, a precondition for raising the sustainable growth rate [16]. Second, some form of centralised economic power may be necessary to co-ordinate and agree the conduct of policy, with the implication that the existing co-ordination machinery is not sufficient for this purpose. This second argument has mainly been articulated in relation to fiscal policy, but could, as discussed above, conceivably be extended to embrace the supply side policies.

A third factor is that unless there is scope for political input in arriving at agreed decisions, policy making will take place within a normative vacuum. A closely related question is whether there is a single "true model" of the contemporary capitalist economy towards which all but the misguided will want to converge. In appraising the case for *gouvernement économique* an important consideration is whether much of economic policy can ultimately be reduced to technical choices or has such significant distributive consequences that the political dimension must inevitably be paramount. The EMU system is, on the whole, in the former camp. An independent central bank, fiscal policy constrained by rules and attempts to chart a common way forward on the supply-side all point towards both the technical paradigm and the existence of an agreed model. Yet even the apparently minor spat in 2001 between the Commission and the Irish government over how big a budgetary surplus Ireland should run revealed not just conflicting views on the underlying economics, but also the relevance of political aims.

To sum up, the case for a *gouvernement économique* looks compelling in some respects, yet remains paper-thin in others. In particular the continuing opposition of so many Member States [17], buttressed by the principle of subsidiarity, means that it lacks political credibility at present. The history of European integration, however, contains many examples of institutional developments that seemed implausible just a few years beforehand – consider how far common defence has moved – so that the political obstacles could easily fade. The questions then will revert to what is economically desirable and constitutionally feasible and one can guess who might be called upon to offer a solution.

D. Structures, Procedures and Decision-making

Although now into its fourth year of monetary union, albeit with just months' experience of notes and coins, the Eurosystem is still finding its way and, as Nigel Wicks [18] has noted, is very much "learning by doing". It is interesting to note how quickly discourse on the SGP has shifted from the 3% limit to the medium-term "close to balance or in surplus" stipulation and to observe how this has motivated calls for change. Similarly, there is now a vast shadow hanging over the ECB : can it really function with a Governing Council made up of as many as twenty-seven National Central Bank Governors and just six Executive Board Members ? Procedural matters also impinge in diverse ways on what the OMC can (and cannot) be expected to deliver. The functioning of other institutions might also come under the microscope, but we limit the discussion here to these three.

As Paul de Grauwe [19] shows, enlargement will result not just in an unwieldy Governing Council, but also one in which the voting power of smaller Member States will increase dramatically and, more importantly, could alter the balance between the interests of the euro area as a whole and coalitions of Member States. Such a scenario assumes that NCB Governors will be prone to vote (or argue) for their national interests, rather than that of the euro area as a whole, and thus be in breach of their obligations. For this reason, and bearing in mind the shared assumed shared worldview of central bankers, the fears may be considered exaggerated. But de Grauwe is surely right to call for a revision of the decision-making procedures.

The trouble is that there is no easy solution. The rotation system that has now been agreed satisfies no-one, while greater power for the Executive Board (possibly along the lines of the Bank of England MPC) would alienate the NCBs, especially those of larger Member States.

E. Transparency and Accountability

A complaint about much of the EMU policy system is that it remains opaque and there is much about it that operates behind closed doors with inadequate scrutiny by democratically elected bodies. There is a manifest danger, however, that transparency and accountability, like "simplification", are accorded the status of motherhood and apple pie : they become aims that no reasonable person dare oppose, yet with all the corresponding vacuity. Some of the bodies responsible for preparing or deciding on the conduct of economic policy are necessarily composed of officials or junior political representatives of Member States and the surprise would be if they were not. Legitimacy, as Hodson and Maher [20] show in this context, is not just about oversight by elected bodies, but also about whether good results in terms of "quality" of decision-making and policy are achieved.

That said, how shadowy should the bodies in question be ? The ECB (again) has faced criticisms that it lacks transparency and, because it enjoys a significantly greater degree of independence than other major central banks, cannot as easily be held to account – see the exchange between (also again) Buiter [21], Issing [22] and de Haan and Eijffinger [23]. As a new institution, it was perhaps understandable that the ECB should want to ensure, first, that it had established its technical competence before focusing on its political standing, and it is true that there has been a disposition to "open-up" exemplified by the decision to publish its economic model. It can, nevertheless, be argued that further moves in this direction would be both desirable and timely. The menu of options includes publication of minutes and of voting so that it becomes more clear why and how decisions were made, although the fact that the Governing Council has, so far, operated by seeking a consensus (meaning that there are no votes) might also be revisited. As with the definition of price stability as being between 0 and 2% (also criticised by de Grauwe [24]), change in these areas is at the discretion of the ECB itself, but one might ask whether, in the light of the experience of the first four years, modest changes to the statutes might also be warranted. Jean-Victor Louis would probably not agree.

As regards the non-monetary dimensions of economic policy, a key challenge is to balance efficiency and representation of disparate viewpoints and interests with

enhanced accountability. Technical committees (exemplified by the – reportedly very effective – Economic and Financial Committee) may well be the best means of achieving policy aims so long as they continue to arrive at sensible solutions, but what happens when they err?

F. What Next?

As the Convention completes its business and paves the way for the 2004 IGC, attention will also focus on how the system of economic governance of the euro area and the soon-to-be-enlarged EU as a whole should develop. This contribution has tried to highlight a number of areas in which reforms and enhancements of the system will be under the microscope. Some of the possible changes would entail difficult political choices and legislative action that would arouse controversy, but others would require no more than "tweaking" of present arrangements.

Finding the right way forward will also call for intellectual rigour in analysing the problems, care and precision in formulating the solutions, and sensitivity to the political and institutional feasibility of what is proposed. These have been the hallmarks of Jean-Victor Louis's distinguished contributions to the success of EMU, and his influence is evident. But in wishing him all the best for his retirement, we must also be sure that he remains on hand to help steer EMU towards the successful future we all want to see.

Notes

[1] In the autumn of 2001, the economics editor of one prominent British tabloid told the author that his newspaper *already* had such stories on file, ready to be brought out when notes and coins went "live".

[2] For a clear description, see O. Issing *et al.*, *Monetary Policy in the Euro Area : Strategy and Decision-Making at the European Central Bank*, ECB, Frankfurt, 2001 ; and for a critical view, L.E.O. Svensson, "The first year of the Eurosystem : inflation targeting or not ?", *American Economic Review,* 2001, p. 90, Papers and Proceedings, p. 95-99.

[3] For a discussion, see C. J. Allsopp, "The future of macroeconomic policy in the Euro area", presented to the Austrian Institute of Economic Research (WIFO), February 2002. Available as Discussion Paper 7. External MPC Discussion Paper Series, Bank of England.

[4] W.H. Buiter *et al*., "Excessive Deficits : Sense and Nonsense in the Treaty of Maastricht", *Economic Policy*, 16, 1993, p. 57-100 ; see also B. Eichengreen and C.Wyplosz, "The Stability Pact : more than a minor nuisance", *Economic Policy*, 26, 1998, p. 17-64.

[5] J.-V. Louis (ed.), "The Euro in the National Context", *The British Institute of International and Comparative Law*, London, 2002.

[6] See the contributions to the special issue of *Empirica*, Vol. 26, 3, published in September 1999 ; A. Brunila, M. Buti and D. Franco, *The Stability and Growth Pact : The Architecture of Fiscal Policy in EMU*, Basingstoke, Palgrave, 2001 ; M. Buti, J. von Hagen and C. Martinez-Mongay (ed.), *The Behaviour of Fiscal Authorities*, Basingstoke, Palgrave, 2002 ; I. Begg (ed.), *Europe, Government and Money – Running EMU : the Challenges of Policy Co-ordination*, London, The Federal Trust, 2002.

[7] A. Alesina, O. Blanchard, J. Galí, F. Giavazzi and H. Uhlig, *Defining a macroeconomic framework for the Euro area*, London, Centre for Economic Policy Research, 2001, for example.

[8] For example, O. Issing, "On macroeconomic policy co-ordination in EMU", *JCMS*, 40, 2002, p. 345-368.

[9] R. Boyer, "Co-ordination of economic policies in Europe : from uncertainty to apprenticeship", in I. Begg (ed.), *op. cit.*, The Federal Trust, London, 2002.

[10] P. Arestis, K. McCauley and M. Sawyer, "An alternative stability pact for the European Union", *Cambridge Journal of Economics*, 25, 2001, p. 111-130.

[11] See I. Begg, J. Berghman, "Introduction : EU social (exclusion) policy revisited", *Journal of European Social Policy*, 12, 3, 2002.

[12] Notably in a comparative study published as J.-V. Louis, I.G. Begg, E. de Lhoneux, E. García de Enterría, N. Horn, L. Radicati di Brozolo, R. Smits and J. Stoufflet (*Institutional Aspects of Banking Supervision in the European Community*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995). As the sole economist in the group, it was a formative experience for me to be confronted with the very different approach of so many distinguished jurists.

[13] M. Dewatripont, J. Tirole, *The Prudential Regulation of Banks*, MA, Cambridge, MIT Press, 1994.

[14] F.S. Mishkin (ed.), *Prudential Supervision : what works and what doesn't*, Chicago, The University of Chicago Press and National Bureau of Economic Research, 2001.

[15] R. Boyer (dir.), *Le gouvernement économique de la zone euro*, Paris, La Documentation française, 1999 and "Co-ordination of economic policies in Europe…", *op. cit.* ; P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, *Economic Policy Co-ordination in the Euro-Zone : what has been achieved ? What should be done ?*, London, Centre for European Reform, 2001.

[16] A. Alesina *et al*., *op. cit*.

[17] See P. Solbes, "Economic Policy Co-ordination – The Way Forward", Economic Forum, Brussels, 2 May 2002, mimeo.

[18] N. Wicks, "The Co-ordination of Economic Policies in the European Union", in I. Begg, (ed.), *op. cit*.

[19] P. De Grauwe, "Challenges for monetary policy in Euroland", *JCMS*, 40, 2002, p. 693-718.

[20] D. Hodson, I. Maher, "Economic and monetary union : balancing credibility and legitimacy in an asymmetric policy-mix", *Journal of European Public Policy*, 9, 2002, p. 391-407.

[21] W.H. Buiter, "Alice in Euroland", *JCMS*, 37, 1999, p. 181-209.

[22] O. Issing, "The Eurosystem : transparent and accountable or "Willem in Euroland"", *JCMS*, 37, 1999, p. 503-519.

[23] J. De Haan and S.C.W Eijffinger, "The democratic accountability of the European Central Bank", *JCMS*, 38, 2000, p. 393-407.

[24] P. De Grauwe, *op. cit.*

La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen

Susanna Cafaro

A. La méthode ouverte de coordination (MOC)

L'expression « méthode ouverte de coordination » (MOC) revient de plus en plus souvent au cours des dernières années, dans les conclusions du Conseil européen et les actes de la Commission, les documents de travail de la Convention qui élabore le projet de constitution européenne. Elle se rapporte à une méthode de travail expérimentée qui caractérise aujourd'hui une grande partie de l'activité du Conseil européen.

Une description efficace de cette procédure est faite dans les conclusions du Conseil européen de Lisbonne, où ses étapes sont énumérées, au point 37 :

— « définir des lignes directrices pour l'Union, assorties de calendriers spécifiques pour réaliser les objectifs à court, moyen et long terme fixés par les Etats membres ;
— établir, le cas échéant, des indicateurs quantitatifs et qualitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales, qui soient adaptés aux besoins des différents Etats membres et des divers secteurs, de manière à pouvoir comparer les meilleures pratiques ;
— traduire ces lignes directrices européennes en politiques nationales et régionales en fixant des objectifs spécifiques et en adoptant des mesures qui tiennent compte des diversités nationales et régionales ;
— procéder périodiquement à un suivi, une évaluation et un examen par les pairs, ce qui permettra à chacun d'en tirer des enseignements ».

A l'occasion de la rencontre de Lisbonne, en appliquant cette méthode de travail à l'objectif de construire une société européenne de la connaissance, le Conseil européen en exige l'application au domaine de la recherche et développement, à la définition du contexte législatif et bureaucratique pour les petites et moyennes

entreprises, à l'accomplissement du marché intérieur, avec une attention particulière au marché des services financiers, à l'accroissement de l'emploi et à la modernisation de l'Etat social.

Les Etats doivent s'activer, dans les directions indiquées par le Sommet, afin de réaliser les résultats déterminés – ou à déterminer – sur la base de repères très précis.

Si l'on observe le système communautaire d'il y a quelques années, il est frappant de constater les changements qui se sont produits : le Conseil européen qui, auparavant, fournissait des indications vagues et génériques, élabore maintenant une stratégie précise et en demande l'application aux Etats membres et aux institutions communautaires dans des domaines qui font, pour la plupart, l'objet de compétences communautaires. Comment le Conseil européen a-t-il acquis un rôle politique aussi important ?

La deuxième question qu'un juriste doit se poser concerne le rapport entre méthode ouverte de coordination et méthode communautaire, surtout dans les domaines qui font l'objet d'une superposition partielle entre les deux modalités d'intervention. La MOC représente-t-elle une intégration de la méthode communautaire ? N'est-ce pas, plutôt, la mesure de son affaiblissement ? Dans les cas où il n'y a pas de compétences communautaires, constitue-t-elle une alternative au transfert de celles-ci ou bien une modalité transitoire dans l'attente de ce transfert ?

Enfin, cette méthode de gestion représente-t-elle un avantage pour les Etats ou pour la Communauté et, si tel est le cas, pour quel genre de Communauté ?

B. Les origines de la MOC : la politique économique et la politique de l'emploi

Afin de comprendre l'origine de la méthode ouverte de coordination, une parenthèse est nécessaire à propos des éléments qui l'ont précédée et, pour ainsi dire, préparée.

Après l'unification monétaire, l'article 103 du traité CE (devenu article 99 CE), qui établit la procédure d'adoption des « grandes orientations de la politique économique des Etats membres et de la Communauté » (GOPE), instrument d'orientation et de contrôle souple sur la politique économique des Etats membres et de la Communauté [1], a produit des conséquences très significatives sur le plan institutionnel.

Les « grandes orientations » sont adoptées, chaque année, sur la base de l'article 99, par. 2 CE, par le Conseil, sur recommandation de la Commission, en tenant compte des conclusions du Conseil européen. Si les objectifs finaux de la politique économique communautaire sont directement fixés par le traité CE dans l'article 2 (développement harmonieux et équilibré ; croissance durable et non inflationniste ; niveau d'emploi et de protection sociale élevés, relèvement du niveau et de la qualité de la vie ; cohésion économique et sociale et solidarité entre Etats membres), les objectifs à court et moyen terme sont contenus dans les grandes orientations adressées aux Etats, avec la seule limite de respecter les principes de l'économie de marché où la concurrence est libre (articles 4 et 98 CE).

La présence, dans la procédure, du Conseil européen, appelé à se prononcer sur le plan des GOPE avant leur adoption formelle, est particulièrement importante. En effet, avant le traité de Maastricht – qui a introduit l'article 99 – le Conseil européen n'avait jamais figuré dans aucune procédure d'adoption d'un acte communautaire.

Un mécanisme de contrôle, appelé « surveillance multilatérale » [2], suit l'adoption de l'acte. A cette fin, les Etats présentent des plans nationaux qui traduisent les orientations européennes [3] dans la politique nationale. Le Conseil doit se prononcer sur les plans nationaux à la majorité qualifiée, sur recommandation de la Commission, mais le Conseil européen est toujours saisi de la question. Si les politiques économiques nationales ne sont pas conformes aux grandes orientations ou si elles risquent de compromettre le bon fonctionnement de l'UEM, le Conseil peut adresser les recommandations nécessaires aux Etats concernés, statuant à la majorité qualifiée. Il peut aussi décider de rendre ses recommandations publiques.

Le rôle des Etats ne doit pas être sous-estimé : en premier lieu, si les buts sont définis dans les actes communautaires, le budget, instrument principal de toute politique économique, reste de la compétence des Etats, qui disposent toujours d'une marge significative d'appréciation ; de plus, ils sont au cœur de la procédure de contrôle qu'on peut qualifier de *peer pressure* [4].

Il faut rechercher dans le droit international le modèle sur lequel repose ce mécanisme d'orientation et de contrôle et, plus exactement, dans la pratique du G7. A cet égard, dans les années soixante-dix et quatre-vingt, deux principes ont été reconnus : le principe de convergence et celui de la coordination. Le premier résultait de l'adoption, pour l'économie nationale, de paramètres auxquels les Etats s'engageaient à se conformer ; le deuxième se traduisait dans la détermination de priorités et d'objectifs communs [5].

Cette coordination dans le domaine de la politique économique a été intégrée, depuis 1998 [6], à une coopération – tout à fait similaire – en matière de politique pour l'emploi.

Le traité d'Amsterdam a introduit dans le traité CE un instrument juridique intitulé : « Lignes directrices pour l'emploi » (article 128 CE) [7]. En précisant la recette pour élever le niveau d'emploi, il s'inscrit dans la stratégie d'ensemble fixée par les grandes orientations, dont il constitue un aboutissement. Les deux actes sont d'ailleurs, mis en relation par les articles 126, par. 1 et 128, par. 2 CE et par le pacte de stabilité et de croissance, qui en prévoient la cohérence [8].

L'adoption des « Lignes directrices pour l'emploi » prévues par l'article 128 est le résultat d'une procédure similaire à celle de l'article 99, par. 2, mais améliorée : le point de départ de la procédure consiste en l'assurance d'une relation annuelle du Conseil et de la Commission. Sur cette base, le Conseil européen examine la situation et rend des conclusions. L'acte est adopté ensuite par le Conseil, par une décision à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen, du Comité des régions, du Comité économique et social et du Comité pour l'emploi. Bien qu'il y ait une consultation plus étendue, le rôle du Conseil européen au cœur de la procédure est conservé.

Il revient encore une fois aux Etats de traduire les orientations communautaires dans des politiques nationales cohérentes, au moyen de plans d'action nationaux pour l'emploi, sujets à l'examen européen, comme prévu par le Sommet extraordinaire pour l'emploi de Luxembourg [9] (d'où l'appellation de « processus de Luxembourg »). Ces plans ou « pactes » doivent prévoir des périodes, des modalités, des objectifs

quantifiables afin d'augmenter l'emploi [10]. Sur cette base, s'inscrit une surveillance similaire à celle qui est prévue par l'article 99 CE.

A cette mission d'orientation correspond, à nouveau, un pouvoir de surveillance attribué par le traité au Conseil et à la Commission. Sur la base de l'article 128, par. 4 CE, le Conseil, délibérant à la majorité qualifiée après recommandation de la Commission, peut adresser des recommandations aux Etats membres [11].

Il est possible, à partir des procédures décrites, de formuler un « modèle » d'intervention communautaire en quatre points : (i) activité européenne d'orientation ; (ii) exécution par des plans nationaux de programmation ; (iii) contrôle des équivalences, confié au Conseil, mais aussi au Conseil européen ; (iv) adoption éventuelle de remarques à l'égard des Etats.

Parmi les caractéristiques typiques du procédé figure, dans l'activité d'orientation, le recours au *targeting,* c'est-à-dire, à la définition d'objectifs quantitatifs et/ou qualitatifs qui doivent être réalisés dans un délai déterminé.

Pour la politique économique, les valeurs à atteindre sont précisées dans des protocoles annexes au traité. Les deux pourcentages des critères de convergence relatifs aux finances publiques (3% de déficit/PIB et 60% de dette publique/PIB) sont devenus, avec l'adoption du pacte de stabilité et de croissance, des paramètres de référence pour évaluer les plans nationaux de stabilité, objets d'une surveillance multilatérale [12].

Dans les premières lignes directrices pour l'emploi, l'objectif prévu était d'atteindre la valeur moyenne des trois Etats qui ont atteint le meilleur résultat en termes de mesures susceptibles de faciliter l'insertion professionnelle. Chaque année, de nouvelles valeurs sont fixées.

Dans la phase d'exécution, les Etats membres jouent un rôle très important, commun aux deux procédés. En effet, les compétences de politique économique et de politique de l'emploi demeurent nationales. Cependant, il est demandé aux Etats d'inscrire leur choix dans un programme cohérent, dont les estimations peuvent témoigner de leur validité à brève et moyenne échéance.

A la phase finale des deux procédés, correspond la surveillance exercée par le Conseil, sous la supervision du Conseil européen, du respect des orientations européennes par les Etats membres. Le Conseil, après son examen, donne un avis sur les plans nationaux. Il peut aussi inviter les Etats, par une recommandation, à les renforcer ou à les corriger.

C'est un contrôle tout à fait différent de celui qu'exerce la Commission européenne sur le respect par les Etats membres du droit communautaire, lequel peut aller jusqu'à la possibilité de saisir la Cour de justice d'un recours pour infraction. Sa caractéristique la plus typique est d'être un contrôle *inter pares*, avec une correspondance presque parfaite entre juges et jugés [13], même si, formellement, le jugement vient d'un collège qui a sa propre identité institutionnelle [14]. Le contrôle est caractérisé par une grande souplesse et par une évaluation plus politique et plus prudente. Il offre moins de garanties d'impartialité.

Les deux procédés ont d'autres spécificités communes dont, notamment, à chaque étape, un aspect très intergouvernemental identifiable par le rôle central des institutions composées d'Etats (Conseil et Conseil européen) et le recours presque

exclusif à la *soft law* [15] ou, plus précisément à la *top law* [16], ce qui fait des deux politiques des «*soft policies*».

C. Son extension à d'autres champs d'intervention dans la pratique du Conseil européen

Depuis 1998, sur le modèle de la méthode d'intervention déjà tracée, la pratique enregistre une activité de coordination intense des politiques nationales de la part du Conseil européen, dans des domaines très différents : la politique sociale, la libre circulation des marchandises et des capitaux, la formation, la recherche. C'est à la lecture des articles 99 et 128 CE que l'on reconnaît les caractéristiques spécifiques de cette intervention.

Les conclusions du Conseil européen de Cardiff (juin 1998) [17] fournissent un des premiers exemples les plus significatifs de cette pratique. Le Sommet a, en effet, accueilli la décision du Conseil d'instituer une procédure par laquelle, chaque année, les Etats et la Commission présentent, dans leurs domaines de compétence respectifs, des rapports sur les marchés des marchandises et des capitaux. La Commission, sur cette base, présente au Conseil un rapport sur les aspects structuraux du marché.

C'est le processus dit « de Cardiff », qui, depuis lors, se déroule régulièrement afin d'achever et de rendre pleinement opérationnel le marché intérieur, pour promouvoir la croissance, la compétitivité et l'emploi. Le Conseil européen de Cardiff a aussi lancé des lignes directrices en matière de coopération économique pour atteindre ces objectifs.

Le Conseil européen de Cologne (juin 1999) lance un pacte européen pour l'emploi [18] composé de toutes les modalités de coordination observées (GOPE, processus de Luxembourg, processus de Cardiff). Il institutionnalise aussi un « processus de Cologne » : un dialogue macroéconomique permanent au niveau communautaire entre les partenaires sociaux, les représentants du Conseil, de la Commission et les responsables de la politique monétaire, qui a pour but de coordonner les dynamiques salariales, la politique budgétaire et la politique monétaire. La consultation des partenaires sociaux, qui se fonde sur l'article 138 CE, devient de plus en plus structurée, avec la création du dialogue macroéconomique pour la croissance et l'emploi au niveau du Conseil [19] et, par la suite, avec l'introduction sollicitée par le Conseil européen de Nice (décembre 2000), d'un mini-Sommet social qui précède le Sommet traditionnel. On peut donc affirmer que la stratégie pour l'emploi constitue, jusqu'ici, la forme de coordination la plus riche et la mieux accomplie [20].

La capacité du Conseil européen d'intervenir sur des objectifs de politique économique – fournissant en même temps des indications de stratégie – a été pleinement démontrée par les sommets extraordinaires, consacrés à des priorités spécifiques. C'est le cas, après Luxembourg, des Sommets de Lisbonne (mars 2000) et de Göteborg (juin 2001).

Le Conseil européen de Lisbonne identifie l'objectif stratégique de l'Union pour la prochaine décennie : devenir l'économie basée sur la connaissance la plus concurrentielle et dynamique du monde [21]. Cet objectif est poursuivi au moyen d'une stratégie globale qui se compose d'orientations données aux Etats membres et aux

institutions communautaires dans plusieurs domaines, de la recherche au marché intérieur, de la formation à la protection sociale.

L'après-Lisbonne exige une relance spécifique : l'objectif doit être atteint dans un délai de dix ans, et il revient aux prochains sommets, sur la base des analyses de la Commission, de contrôler le respect des engagements [22].

Le Conseil européen de Göteborg trace un deuxième objectif important : le développement durable, qui intègre la stratégie d'ensemble de l'Union pour le développement économique et social en ajoutant une troisième dimension, celle de l'environnement. L'objectif est transversal à tous les domaines de l'intervention communautaire [23]. Selon le scénario devenu typique, institutions européennes et Etats membres sont invités – chacun dans le domaine qui relève de sa compétence – à intégrer les aspects environnementaux dans les politiques nationales et communautaires.

Dans toutes les conclusions mentionnées, le Conseil européen donne des indications aux Etats, fixe des objectifs précis, quantitatifs et/ou qualitatifs à poursuivre, invite la Commission et le Conseil à soutenir son activité d'orientation et de contrôle, avec une activité de préparation, de surveillance, de comparaison des résultats. L'objectif étant d'arriver à un processus de modernisation dans le domaine économique, social et environnemental où chaque partie peut tirer un enseignement de l'autre, grâce à un mécanisme de *peer review*. Celui-ci est, de nouveau, particulièrement structuré dans le domaine des politiques actives pour l'emploi [24]. Tous les instruments de coordination – ceux qui ont été définis par le traité CE mais aussi les autres, formels et informels – forment un tableau d'ensemble [25]. Ils montrent clairement que le chapitre économique du traité CE était insuffisant pour assurer l'intégration convenable des économies nationales dans une zone monétaire unique.

Enfin, dans les conclusions du Conseil européen de Lisbonne, on trouve, pour la première fois, une attention spécifique portée au problème de la méthode utilisée. On parle de « méthode ouverte de coordination » décrite avec les mots que nous avons rapportés dans l'introduction. Le Sommet l'appelle improprement « nouvelle » méthode.

D. Sa « formalisation » dans les conclusions du Sommet de Lisbonne et dans le livre blanc sur la gouvernance européenne de la Commission

Les conclusions du Conseil européen de Lisbonne décrivent la méthode ouverte de coordination (MOC) en faisant abstraction d'un ou de plusieurs champs d'application. La nouvelle appellation revient, depuis lors, dans différents documents communautaires.

La MOC est une méthode qui permet de poursuivre des finalités communes via une gestion parallèle et coordonnée de politiques publiques sur le plan intérieur ; son essence particulière se trouve dans le compromis qu'elle réalise entre la poursuite des buts européens et la gestion nationale [26].

La coordination est bien plus intense que la coopération, parce qu'elle exige un coordonnateur externe aux Etats, qui soit à la fois guide, responsable du bon fonctionnement, contrôleur de l'exécution. C'est le rôle du Conseil européen, avec l'appui des institutions communautaires.

Dans les conclusions susmentionnées, les deux premières phases de la méthode sont déterminées comme (i) activité d'orientation et de programmation et (ii) identification de critères et paramètres pour l'évaluation des objectifs à atteindre. Ce sont en fait deux aspects différents de la première phase du processus – l'activité d'orientation – mais la prise en compte autonome du *targeting*, figurant au deuxième point, est une démonstration de l'importance qu'il revêt aujourd'hui.

L'exécution nationale constitue la troisième phase de la procédure. Elle se traduit par une activité de programmation dûment documentée (plans, pactes) et aussi par l'adoption d'un ensemble de mesures concrètes de politique nationale : lignes de budget, activité administrative, normative et réglementaire.

Le contrôle de l'exécution nationale, quatrième phase du processus, est caractérisé par l'échange d'informations sur les meilleures pratiques, et par l'apprentissage réciproque. L'évaluation des pairs n'est pas exclue, elle peut comporter l'adoption de recommandations aux Etats qui prescrivent des mesures correctrices. Cette possibilité semble implicitement comprise dans l'activité d'évaluation, sur la base d'une analogie facile avec la surveillance multilatérale prévue par l'article 99.

Le Conseil européen de Feira, quelques mois après, souligne la nécessité de développer et d'améliorer la MOC, d'un point de vue méthodologique, en l'employant « le cas échéant, au sein du Conseil, en tant qu'un des instruments potentiels dans des domaines d'action tels que la société de l'information, la recherche, l'innovation, la politique de l'entreprise, les réformes économiques, l'éducation, l'emploi et l'intégration sociale ».

Une spécificité importante de la méthode ouverte de coordination, explicitée dans les conclusions de Lisbonne, au point 38, est la participation de différents acteurs des Etats : les niveaux régionaux et locaux de gouvernement, les partenaires sociaux, la société civile, les entreprises.

On peut y trouver la justification de l'adjectif dans l'expression méthode « ouverte » de coordination, qui rassemble plusieurs significations : le recours croissant au dialogue avec des acteurs non institutionnels, comme les partenaires sociaux, la société civile [27], dans la formulation des politiques ; la valeur attribuée par la Commission à l'ouverture (« *openness* »), au premier plan, parmi les principes de bonne gouvernance [28]. L'ouverture est limitrophe à la transparence, à la qualité rédactionnelle, à la communication efficace avec le public.

Enfin, « ouverte » exprime, dans les intentions du Sommet, la volonté d'une décentralisation importante de l'exécution des orientations européennes. Le Conseil européen la confie à tous les sujets présents sur le territoire et aussi à des modalités de partenariat entre acteurs institutionnels et non institutionnels. C'est une application du principe de subsidiarité qui présente des caractéristiques évidemment atypiques par rapport à l'article 5 CE, où il est limité au rapport Communauté – Etats membres.

L'objectif est de relier toutes les formes et modalités d'intervention, en construisant un système de *multilevel governance*, où plusieurs niveaux de gouvernement et de sujets de nature différente (gouvernementale et non gouvernementale) contribuent à une sorte de polyarchie dont le Conseil européen est le « chef d'orchestre » [29].

Le Conseil européen, au centre de ce processus, a besoin de l'appui des institutions communautaires. En particulier, il ne peut pas se passer de la Commission, dont le

rôle est indispensable dans toutes les phases de la méthode ouverte de coordination : elle rassemble les données nécessaires, fournit des analyses et des études, contrôle les Etats, collationne les rapports qu'ils présentent, en fait la comparaison, rédige des documents de synthèse. Le Conseil est aussi nécessaire, tant pour l'activité préparatoire qu'en tant que siège de surveillance multilatérale. Un appui important vient, enfin, des comités spécialisés à composition mixte d'experts nationaux et de représentants des institutions ; c'est le cas du Comité de politique économique ou du Comité pour l'emploi.

La méthode ouverte de coordination n'est pas un processus autonome par rapport aux instruments existants, comme les grandes orientations de la politique économique des Etats membres et de la Communauté, les lignes directrices pour l'emploi, les processus de Luxembourg, Cardiff et Cologne, mais c'est le résultat d'un processus d'abstraction et de généralisation à partir de ceux-ci.

Ils étaient circonscrits dans des domaines d'action déterminés, même si tous étaient fonctionnels à la convergence substantielle des économies et à la modernisation de la société. Au contraire, la MOC, en tant que méthode d'action en termes généraux, externe au système des traités et donc dépourvue de limitations d'ordre législatif, n'a pas, apparemment, de limites à son champ d'application sauf celles qui résultent d'évaluations d'opportunité politique.

C'est bien pour ça qu'il faut mettre en parallèle l'exercice de la méthode ouverte de coordination et l'activité de l'Union européenne, même si le rôle acquis par le Conseil européen dans certaines procédures communautaires peut engendrer une certaine confusion. La superposition de l'intervention du Sommet par rapport aux institutions communautaires, sans qu'on puisse appliquer les règles de procédure et les limitations de compétence qui caractérisent leurs activités, émerge de chaque page des conclusions susmentionnées. La méthode ouverte de coordination est donc une procédure informelle de l'Union.

Cette thèse est renforcée par le libellé du livre blanc de la Commission dédié à la gouvernance européenne [29*bis*]. Au paragraphe 3.2 de ce texte, la MOC figure au cinquième point parmi les facteurs aptes à améliorer les politiques européennes afin d'obtenir de meilleurs résultats. Elle est définie comme une modalité pour intégrer et renforcer l'action communautaire ; c'est donc une autre définition qui en est donnée ici. Parmi ses qualités, la Commission souligne sa flexibilité (on l'utilise au cas par cas, elle peut intéresser les pays candidats) et sa valeur ajoutée, s'additionnant aux compétences communautaires déjà exercées ou difficiles à exercer.

L'ambivalence de la MOC réside dans le fait qu'elle ouvre la possibilité d'intégrer l'action communautaire ou, au contraire, de combler ses lacunes. Dans ce dernier cas, on pourrait recourir à ce procédé en l'absence de compétences communautaires, soit pour coordonner des pouvoirs nationaux qui pourraient difficilement faire l'objet d'une communautarisation, en alternative au transfert de compétences, soit comme modalité transitoire, en l'attente d'un transfert de compétences, pour bâtir progressivement un noyau de principes communs.

Il n'est pas surprenant, donc, que la Convention ait abordé le sujet « méthode ouverte de coordination » à l'occasion du débat sur les compétences. Il est évident, en effet, que son application réduit la clarté du système de délimitation des compétences

car le Conseil européen ne se conforme pas au principe d'attribution en fondant ses prises de position sur des bases juridiques précises, selon la règle d'application pour les institutions communautaires. Il n'est pas obligé de le faire lorsqu'il se limite à orienter les Etats membres vers une coordination de politiques qui demeurent nationales. Cependant, on a l'impression que les compétences communautaires sont bien plus vastes qu'elles ne le sont en réalité [30].

E. Méthode ouverte de coordination et activité communautaire

Il est donc inévitable d'aborder la question du rapport entre méthode ouverte de coordination et action communautaire. Comme on l'a déjà observé, la coordination réalisée au sein du Conseil européen a aussi une incidence directe sur des politiques traditionnellement communautaires.

La Commission, dans le livre blanc susmentionné, décrit les « circonstances justifiant l'emploi de la méthode ouverte de coordination », en essayant d'en circonscrire l'application. Premièrement, l'emploi de la méthode ouverte de coordination ne doit pas aboutir à la dilution de la réalisation d'objectifs communs énoncés dans le traité ou de la responsabilité politique des institutions. Deuxièmement, elle ne doit pas être utilisée quand une action législative relevant de la méthode communautaire est possible. La Commission veille à ce que le Parlement soit toujours régulièrement informé.

Le rôle que la Commission se reconnaît est particulièrement important : elle doit être associée, jouer un rôle de coordination et (c'est implicite) c'est d'ailleurs elle qui rassemble les données « qui doivent permettre de déterminer si des actions législatives ou programmatiques sont nécessaires afin de surmonter les problèmes particuliers recensés » et qui a la responsabilité de « diffuser les informations générées ».

Cette tentative de la Commission d'entourer l'emploi de la méthode ouverte d'un système de règles nous semble vaine. Qu'adviendra-t-il si le Conseil européen enfreint ces règles ? Qui peut en sanctionner le non-respect ? Nous sommes dans les territoires nébuleux de l'Union, où le Conseil européen peut décider, de façon informelle, tout ce qu'il juge politiquement convenable.

Il serait beaucoup plus efficace de prévoir la méthode ouverte de coordination dans le traité CE, en définissant les limites de son utilisation [31]. Mais, dans ce cas, il faut aborder la question de l'opportunité d'une pareille prévision qui signifie reconnaissance, légitimation, réglementation et cristallisation de la méthode.

La communautarisation de la MOC pourrait, en l'occurrence, être introduite dans le traité si la Convention décidait de prévoir une formalisation de la catégorie des « compétences complémentaires ou d'appui ». Ce *tertium genus* de compétences communautaires a reçu reconnaissance dans les documents préparatoires de la Convention, à côté des compétences exclusives et concurrentes bien connues par la doctrine. Cette catégorie, qui a fait même l'objet d'un groupe de travail *ad hoc*, est définie comme l'ensemble des domaines où l'action de la Communauté se limite à intégrer et à soutenir l'activité des Etats membres.

Ces compétences, qui permettent d'adopter des mesures non législatives d'encouragement et de coordination sont : la politique économique, l'emploi, l'instruction, la formation professionnelle, la culture, la santé, l'industrie, la recherche

et le développement [32]. Le projet des seize premiers articles du traité constitutionnel, du 6 février 2003, donne reconnaissance – dans l'article 15 – à cette catégorie (« domaines d'action d'appui») mais dans un nombre plus limité de matières [32*bis*]. La méthode ouverte de coordination a déjà été largement utilisée dans ces domaines, au point que l'on pourrait déceler une certaine corrélation entre des compétences qui consistent à intégrer et coordonner l'action nationale et une modalité d'action qui va dans le même sens.

La « constitutionnalisation » de la MOC pourrait ainsi se traduire par l'insertion, dans les dispositions institutionnelles du traité CE, d'une procédure décisionnelle standard, analogue à celles prévues *ad hoc* en matière de politique économique et de l'emploi, aux articles 99 et 128, lesquelles pourraient ainsi être abrogées. Cette procédure pourrait être rappelée, en tant que base juridique procédurale, dans tous les domaines où l'attribution de compétences à la Communauté n'excède pas les limites qui caractérisent les compétences complémentaires, que cette catégorie juridique soit prévue ou non par le traité.

La communautarisation serait, à notre avis, la seule façon efficace d'entourer l'emploi de la méthode ouverte de garanties précises. Cependant, il convient d'aborder l'interférence possible entre la méthode ouverte de coordination et les compétences communautaires, lesquelles relèvent de l'activité normative habituelle des institutions.

Pour comprendre le rapport entre MOC et action communautaire « typique » il faut, encore une fois, revenir aux conclusions de Lisbonne qui fournissent, à cet égard, plus d'un exemple. La réalisation du marché intérieur est une compétence typiquement communautaire. Dans ce domaine, comme dans les autres, le Sommet formule des orientations, dans la même mesure, à l'intention des Etats et des institutions communautaires « agissant chacun dans le cadre de ses compétences respectives ». Il défère des activités à réaliser dans le cadre de politiques nationales, pour les uns, par l'action typiquement communautaire, pour les autres [33]. Dans le premier cas, il s'agit d'une orientation dans le cadre de la MOC, dans le deuxième, de l'impulsion donnée par le Conseil européen sur la base de l'article 4 du traité de l'Union. La méthode ouverte de coordination se déroule, en effet, uniquement dans le rapport Union – Etats membres. Le rapport Conseil européen – institutions communautaires trouve sa raison d'être dans le premier paragraphe de l'article 4 UE, selon lequel « le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires et en définit les orientations politiques générales ».

Les deux rôles du Conseil européen s'exercent en parallèle : en lisant les conclusions des dernières années, on peut constater que, pour chaque domaine d'intervention, le Sommet indique aux Etats les résultats à atteindre et fait de même à l'égard des institutions communautaires, en recommandant au Parlement, au Conseil et à la Commission, l'adoption de certains actes normatifs ou à la BEI, une certaine politique des prêts. Il revêt donc un rôle de premier moteur immobile au centre du système communautaire, inconnu de ce collège il y a quelques années. Et bien plus que la simple impulsion prévue par l'article 4 UE, son rôle est devenu identique à la coordination que le Conseil européen exerce au regard des Etats membres, en leur indiquant des objectifs et des *targets* à réaliser et un calendrier précis à respecter. Le

parfait parallélisme que l'on peut observer aujourd'hui entre les deux activités est le résultat, semble-t-il, d'une sorte de *spill over* ou de contamination de la méthode ouverte de coordination, qui a entraîné un changement important dans les équilibres intracommunautaires.

Bien que la Commission ait prévu, dans son livre blanc, que la MOC ne doit pas aboutir à la dilution de la responsabilité politique des institutions, c'est déjà arrivé, non pas directement par effet de la méthode en question, mais à cause de la coordination parallèle de l'activité des institutions que le Conseil européen exerce, désormais, dans les mêmes domaines d'intervention.

Le Conseil européen ne se substitue pas – bien entendu – aux institutions ; il ne peut pas adopter de règlements ou de directives mais, comme il décide dans quelle direction cette activité doit être exercée et avec quelles priorités, il en déprécie le rôle en s'attribuant la responsabilité politique.

F. Le rôle politique du Conseil européen et le renversement de l'équilibre institutionnel

Enfin, il est essentiel d'examiner le rôle du Conseil européen dans la procédure par rapport aux institutions communautaires et la façon dont il modifie l'équilibre institutionnel.

L'évolution progressive des Sommets européens, passés de rencontres informelles à des collèges de plus en plus structurés, figure parmi les premières données dont il faut tenir compte [33*bis*].

Le Conseil européen de Cologne, du mois de juin 1999, en adoptant le pacte européen pour l'emploi, avait convoqué une réunion extraordinaire sur l'emploi, les réformes économiques, et la cohésion sociale, à tenir au printemps 2000, pour examiner les progrès accomplis dans les processus de Luxembourg, Cardiff, Cologne.

Les Sommets de printemps, occasion annuelle d'évaluation, aboutissement et contrôle de la politique économique *lato sensu*, sont devenus – depuis le Conseil de Lisbonne qui en a fait une règle – un rendez-vous fixe. Le Conseil européen de Stockholm (mars 2001), entièrement consacré au nouveau rôle de coordonnateur, a inauguré cette règle.

Une caractéristique désormais typique de la nouvelle organisation des travaux est la réduction du rôle de la présidence tournante. En effet, l'ordre du jour est, dans une large mesure, fixé par les Sommets précédents et par l'activité préparatoire déjà effectuée. On discerne un engagement précis à poursuivre tous les processus de coordination lancés [34].

La dernière caractéristique de la « formalisation » progressive du Conseil européen est l'adoption des « Règles d'organisation des travaux du Conseil européen », première annexe aux conclusions de la rencontre de Séville (juin 2002). Il est convoqué désormais quatre fois par an, et, au besoin, en session extraordinaire ; des règles précises concernent la préparation des travaux, le déroulement, la composition des délégations nationales et l'adoption des conclusions. Le passage le plus intéressant de ce texte concerne la modalité de préparation du Conseil européen par le Conseil : il revient à la direction Affaires générales et relations extérieures du Conseil de recueillir les contributions en provenance d'autres formations du Conseil

et d'établir l'ordre du jour. Celui-ci est structuré, comme pour le Conseil, en points « destinés à être approuvés et avalisés sans débat », points soumis à discussion, points soumis à décision (conformément au traité) et points qui ne sont pas destinés à faire l'objet de conclusions.

De cette évolution, le Conseil, écrasé par la hiérarchie réelle entre ses membres et les composants du Conseil européen [35], apparaît comme le vrai perdant : déclassé de protagoniste du processus décisionnel à décideur de second plan [36].

La confirmation de cette thèse peut être lue dans la deuxième annexe des mêmes conclusions de Séville, intitulée : « Mesures concernant la structure et le fonctionnement du Conseil ». C'est le Conseil européen qui veut « améliorer le fonctionnement du Conseil » et qui, contrairement au principe d'auto-réglementation des institutions, adopte des conclusions qui « se traduiront, pour autant que nécessaire, par les modifications correspondantes à apporter (…) au règlement intérieur du Conseil » [36*bis*]. On pourrait justifier cette initiative dans la perspective du prochain élargissement, mais beaucoup de dispositions suggérées n'ont aucun rapport avec la dimension du collège et les modalités du processus décisionnel. Un objectif important qui ressort clairement est d'organiser l'activité du Conseil pour une meilleure coordination avec celle du Conseil européen.

Tout d'abord, la direction du Conseil Affaires générales devient Affaires générales et relations extérieures ; son domaine d'activité coïncide ainsi avec celui du Conseil européen ; la préparation et le suivi de celui-ci figurent au premier point parmi ses compétences, « y compris les activités nécessaires de coordination à cette fin ». Il y a une nouvelle liste de formations du Conseil, réduite par rapport au passé, rassemblant des compétences limitrophes et faisant l'objet, parfois, d'un même processus de coordination. La présidence danoise va l'adopter sans attendre. La proposition la plus innovatrice dans ce texte est qu'un « programme stratégique pluriannuel », pour les trois années à venir, soit adopté par le Conseil européen, sur proposition conjointe des présidences concernées, établie en consultation avec la Commission. A cette proposition, qui va s'appliquer sans délai, s'ajoute la modification du règlement du Conseil qui comporte la rédaction d'un programme opérationnel annuel, proposé par les deux présidences concernées, assorti d'une liste semestrielle des ordres du jour des différentes formations du Conseil proposé par la seule présidence responsable. Tous ces actes sont soumis au Conseil européen qui devient ainsi formellement, selon une interprétation très large de l'article 4, par. 1 UE, l'organisateur des travaux du Conseil [36*ter*].

Dans cette évolution, la Commission est gagnante. Le livre blanc sur la gouvernance montre qu'elle a bien compris son avantage et se lance dans le changement [37]. Elle joue un rôle fondamental dans la procédure, tant avant qu'après chaque prise de position du Conseil européen. C'est elle qui élabore les programmes d'action dont le Sommet a besoin pour formuler ses orientations et prépare des standards, des *targets* et des paramètres. C'est elle, enfin, qui contrôle l'exécution nationale et en divulgue les résultats.

Personne ne pourrait affirmer la neutralité des développements récents de la pratique en la matière par rapport aux équilibres préexistants. On pourrait, au contraire, soutenir que celle-ci a réglé d'avance le rôle politique du Conseil européen

dans la future Union, en lui soustrayant une matière importante des élaborations de la Convention, et qui se trouve ainsi, pour ainsi dire, devant le fait accompli.

G. Conclusions

Le Conseil européen a acquis deux rôles, strictement liés : un rôle de programmateur, c'est-à-dire d'indicateur des objectifs à poursuivre, et un rôle d'organisateur, de coordonnateur de tous les sujets appelés à jouer un rôle dans l'exécution de ces orientations. Les deux activités ne peuvent pas toujours être parfaitement distinguées car dans l'élaboration d'une stratégie – ce qui est particulièrement évident dans les conclusions des deux Sommets thématiques de Lisbonne et de Göteborg – elles sont, toutes les deux, présentes et liées entre elles. L'élaboration de stratégies finalisées à la création d'une société de la connaissance ou au développement durable comprend la détermination de l'objectif final, des étapes intermédiaires pour y arriver, la répartition des tâches entre Communauté et Etats membres ainsi qu'entre les institutions de la Communauté, et, parfois, la détermination des instruments de politique publique.

Dans l'exercice des deux activités, le Conseil européen emploie parallèlement, en fonction des matières, la méthode ouverte de coordination et l'impulsion prévue par l'article 4, par. 1 UE de l'action communautaire. Son domaine d'intervention s'élargit progressivement : les processus de Luxembourg, Cardiff, Cologne, Lisbonne ne sont pas séparés mais parallèles. Ce sont plutôt les tesselles d'une même mosaïque. En élargissant le champ d'intervention de l'emploi à la politique sociale, de la formation à la recherche, de celle-ci à l'industrie, le Conseil européen procède par domaines contigus qui interfèrent les uns avec les autres. C'est un processus de *spill over* qui – parti de grandes orientations de politique économique – s'élargit progressivement à tous les domaines de politique budgétaire de la Communauté et des Etats membres.

On est dans l'étendue des nouvelles modalités de gouvernance, alternatives à l'adoption de règles communes et au rapprochement des législations. L'emploi croissant de celles-ci s'explique par la possibilité de permettre une évolution sans aucune révision des traités et sans adopter des mesures contraignantes, ce que les Etats membres apprécient généralement. Elles répondent d'ailleurs à des exigences concrètes de modernisation et de convergence substantielle de systèmes économiques nationaux, en permettant de franchir des obstacles à l'action communautaire tels que la durée excessive des procédures ou le veto d'un Etat ou de l'autre. La faveur que les modalités alternatives de gouvernance [38] rencontrent est démontrée par le recours croissant à la reconnaissance mutuelle et à la normalisation en tant que substituts de l'harmonisation.

Si la Commission ne s'est pas opposée à cette révision cachée, les Etats, à plus forte raison, avaient intérêt à la favoriser. L'avantage, pour eux, est dans le maintien de leurs politiques budgétaires. Tous les domaines de la MOC, dans le cas d'un transfert de compétences à la Communauté, nécessiteraient un accroissement important du budget communautaire au détriment des budgets nationaux. Ceux-ci restent de la compétence des Etats, mais ils sont soumis à une contrainte externe [39], ce qui permet aux gouvernements de profiter des mesures populaires vis-à-vis de l'opinion publique et de transférer la responsabilité politique des mesures impopulaires sur les institutions européennes : un mécanisme bien rodé sur la route de l'Union monétaire [40].

Un deuxième avantage important est le coup de frein au transfert des compétences qui a caractérisé pendant des décennies le processus d'intégration européenne. En compensation, le Conseil européen, avec l'appui du Conseil et de la Commission, gère indirectement les politiques nationales et profite des budgets des Etats en les dirigeant vers des objectifs communs.

Le Conseil européen, cependant, n'offre pas, à ce stade, de garanties démocratiques adéquates : il ne s'inscrit pas dans l'équilibre institutionnel communautaire et l'altère profondément. Si la fonction du Conseil est réduite, le grand absent reste le Parlement, qui est – dans le meilleur des cas – régulièrement informé [41]. L'acquisition d'un rôle politique au Conseil européen est le mécanisme qui a permis à l'Union d'évoluer vers l'intégration économique inévitable après l'Union monétaire. Le prix à payer en a été le déficit démocratique du système. Nous sommes devant un succédané de ce gouvernement de l'économie dont on a beaucoup parlé et qu'on a trop tardé à réaliser. Le chemin emprunté est moins avantageux que les solutions proposées par le passé, puisqu'il corrompt le système et qu'il le déséquilibre, notamment au niveau des compétences, dans une osmose continuelle entre méthode communautaire et pratique de l'Union. Modèle supranational et intergouvernemental, il accroît l'incertitude sur le futur de l'Union et en rend la légitimation douteuse.

Notes

[1] Sur l'article 99 CE, voy. S. Cafaro, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Giuffré, 2001, p. 21 et s. ; D. Carreau, Union économique et monétaire, *Juris-Classeur*, 9-1997, fascicule 1811 ; J. Cloos *et al*., *Le traité de Maastricht, genèse, analyse, commentaires*, Bruxelles, 1993, p. 240 et s. ; F. Colasanti, « Economic policy coordination in Stage II of EMU », *in ECU*, 27 ; C. De Boissieu, « L'Euro et la coordination des politiques économiques », *RMCUE*, 419, 1998 ; F. Dehousse *in* V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon (éd.), *Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 231 et s. ; D. R. R. Dunnett, « Legal and Institutional Issues affecting Economic and Monetary Union », *in* D.O'Keeffe, P.N. Towney (ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Londres, 1994 ; J.-V. Louis *in Commentaire Mégret,* vol. 6, *Union économique et monétaire, cohésion économique et sociale, politique industrielle et technologie européenne*, 2e éd., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, p. 27 et s. ; R. Smits, *The European Central Bank. Institutional Aspects*, Kluwer, 1997, p. 69 et s. ; F. Snyder, « EMU – Metaphor for European Union », *in* R. Dehousse (ed.), *Europe after Maastrich, an ever closer Union ?*, Munich, 1994.

[2] La dénomination était attribuée à une procédure similaire établie, avant le traité de Maastricht, par la décision 90/141 du Conseil du 12 mars 1990, *JOCE*, n° L 78, 24 mars 1990, p. 23 et s.

[3] Cette procédure, décrite et précisée par le règlement 1466/97, est en effet le résultat de l'application contextuelle de plusieurs dispositions du traité. Trois procédures de contrôle différentes ont été fusionnées : la surveillance multilatérale ex-article 99, par. 3, « afin d'assurer une coordination plus étroite des performances économiques et une convergence soutenue » ; la procédure de convergence ou de rapprochement des économies nationales par des « plans de stabilité » ou « de convergence », prévue pour la période transitoire à l'article 116 ; enfin, le contrôle sur le respect de l'interdiction de déficits excessifs dont à l'article 104. Une recommandation sur la base de l'article 99.4 est devenue, en effet, un « *early warning* » à l'Etat qui s'approche d'un déficit excessif. Si la limite du 3% du rapport déficit/PIB est dépassée, une autre procédure, prévue par l'article 104, par. 11 et précisée par le règlement 1467/97, permet au Conseil de sanctionner l'Etat « coupable ». Les deux règlements 1466 et 1467/97, ont été adoptés dans le cadre du pacte de stabilité et de croissance (Amsterdam, juin 1997).

[4] F. Colasanti, « La moneta unica e i criteri di convergenza », *Il Mulino Europa*, 2/95, p. 20 ; J.-V. Louis *in Commentaire Mégret,* vol. 6, *op. cit.*, p. 31.

[5] Voy. à cet égard, A Lamberti, « Il G7 dal vecchio al nuovo ordine mondiale », p. 128 et auteurs cités ; A. Panarella, « Indici di convergenza e divergenza nel G7 e nell'Unione europea », p. 379 et s. tous les deux dans *Il G7 e il nuovo ordine internazionale*, édité par M. Panebianco, A. Lamberti, A. Di Stasi, Ledip-Elea Press, 1994.

[6] L'article est entré en vigueur avec application provisoire, comme tout le chapitre emploi, avant la ratification du traité d'Amsterdam, après le Sommet extraordinaire sur l'emploi de Luxembourg, (novembre 1997), les premières lignes directrices se référant à l'année 1998.

[7] L'insertion d'un titre « emploi » dans le traité d'Amsterdam représente le point d'arrivée d'un chemin qui trouve son origine dans le livre blanc de la Commission, Croissance, compétitivité, emploi (1994) rédigé à l'initiative du président Jacques Delors. Le premier plan d'action pour l'emploi a été adopté par le Conseil européen d'Essen (décembre 1994). Il invitait les Etats membres à traduire ses prescriptions dans des programmes pluriannuels. En ce sens, voy. aussi les conclusions des Conseils européens successifs, qui ont anticipé l'organisation méthodologique qu'on trouve aujourd'hui dans le traité. Voy. A. Euzéby, « La Communauté européenne face au défi de l'emploi », *RMC*, 446/3, 2001, p. 185 et s. ; P. Martin, « Le Traité d'Amsterdam inaugure-t-il une politique communautaire de l'emploi ? », *RTDE*, 2000/1, p. 47 et s. ; S. Martinelli, « Politique sociale – L'Union européenne se donne une nouvelle priorité : miser sur une société de plein emploi », *RDUE*, 2000/3, p. 601 ; Id, « La stratégie européenne en faveur de l'emploi. D'Essen à Luxembourg en passant par Amsterdam », *RMCUE*, 1998/1, p. 55 et s.

[8] Voy. le point 5 de la résolution sur la croissance et l'emploi adoptée par le Conseil européen d'Amsterdam (16-17 juin 1997).

[9] « Par analogie au principe de surveillance multilatérale appliqué dans le processus de convergence économique, les Etats membres transmettront chaque année au Conseil et à la Commission leur plan d'action national pour l'emploi, assorti d'un rapport sur les conditions de sa mise en œuvre. Sur cette base, le Conseil procédera annuellement à un examen de la façon dont les Etats membres ont transposé les « lignes directrices » dans leur politique nationale… », paragraphe 16 des conclusions du Sommet extraordinaire sur l'emploi, Luxembourg, 20-21 novembre 1997.

[10] La formule est la même mais dans ce cas les modalités de déroulement de la procédure sont posées par un acte non contraignant, une sorte de « code d'autodiscipline », contenu dans les conclusions du Conseil européen de Luxembourg.

[11] Voy. la recommandation 2000/164 du Conseil, du 14 février 2000, concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des Etats membres, *JOCE*, n° L 52, 25 février 2000 ; la recommandation du Conseil, du 19 janvier 2001, concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des Etats membres, *JOCE*, n° L 22, 24 janvier 2001 ; la recommandation 2002/178 du Conseil, concernant la mise en œuvre des politiques de l'emploi des Etats membres, *JOCE*, n° L 60, 1er mars 2002.

[12] Voy. le règlement 1466/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, *JOCE*, n° L 209, 2 août 1997. Voy. à cet égard S. Cafaro, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, Giuffré, 2001, p. 39 et s.

[13] Il ne faut pas oublier que le président de la Commission est aussi membre du Conseil européen.

[14] Voy. C. Ghymers, « La coordination des politiques économiques dans la Communauté européenne. Une évaluation en vue de la conférence intergouvernementale », *RMC*, 385, 1995, p. 81.

[15] Cette qualification découle de la nature des recommandations des grandes orientations de politique économique et des lignes directrices pour l'emploi, mais aussi de la nature non contraignante des conclusions des Conseils européens. Ces actes sont qualifiables de *soft law* selon une terminologie empruntée au droit international. Ils ne sont pas dépourvus d'effets juridiques, mais ils ont des effets plus limités que les actes contraignants : ils peuvent renforcer ou interpréter des actes contraignants, engendrer pour les destinataires une confiance légitime, ouvrir la route à la création de compétences communautaires, diriger l'activité des institutions (voy. les programmes d'action). Ils représentent toujours un engagement politique qui donne lieu à responsabilité politique. Voy. à ce sujet R.R. Baxter, « International Law in Her Infinite Variety », *ICLQ*, 1980, p. 549 ; K.C. Wellens, G.M. Borchardt, « Soft Law in European Community Law », *ELR*, 1989, p. 267 ; F. Snyder, « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », *MLR*, 1993, p. 19 ; F. Beveridge, S. Nott, « A hard look at soft law », *in* P. Craig, C. Harlow (ed.), *Law making in the European Union*, Kluwer, 1998, p. 285 et s. ; M. Panebianco, « Il G7 e il diritto della comunicazione internazionale globale (ius communicationis totius orbis) », *in Il G7 e il nuovo ordine internazionale, op. cit.*, p. 448-449.

[16] M. Panebianco, *op. cit*., p. 449, écrit : « *Nell'ambito della più generale categoria del soft law si è imposto all'attenzione il livello più alto rappresentato dal diritto dei raggruppamenti internazionali di natura presidenziale (…). All'interno di tali raggruppamenti gli accordi cosiddetti politici, di natura non obbligatoria, espressione di conferenze o riunioni periodiche del più alto livello (Capi di Stato e di Governo) sono Stati definiti dalla dottrina come diritto presidenziale o di vertice* (*top law*) ».

[17] Voy. conclusions du Conseil européen de Cardiff, 15-16 juin 1998, points 17 et s.

[18] Voy. le point 7 des conclusions, la résolution du Conseil européen sur le pacte européen pour l'emploi en annexe, et le rapport au Conseil européen qui suit.

[19] C'est la rencontre – dans le cadre du Conseil Ecofin en coopération avec le Conseil Emploi et politique sociale – qui réunit les représentants des deux formations du Conseil, de la Commission, de la BCE, des partenaires sociaux, comme prévu par la résolution du Conseil européen de Cologne sur le pacte européen pour l'emploi, au point II.

[20] Voy. S. Martinelli, « La stratégie européenne en faveur de l'emploi », *RMUE,* 1/1998, p. 55 ; A. de Soucy, « L'agenda social européen : feuille de route pour l'Europe sociale », *RMCUE*, 446/3, 2001, p. 158 et « Le volet social du Conseil européen de Stockholm », *RMCUE*, 448/5, 2001, p. 311.

[21] Voy. les paragraphes 5 et 6 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne, 23-24 mars 2000.

[22] Voy. les conclusions du Conseil européen de Feira (juin 2000), par. II, point 19 et s. et la communication de la Commission « La stratégie de Lisbonne – Réussir le changement », COM(2002)14 final.

[23] Voy. la feuille de route de la présidence (mars 2002) qui répartit les travaux entre les différentes formations du Conseil pour donner suite aux orientations de Göteborg et en fixe le calendrier. Le document 6837/1/02 REV 1 permet de comprendre l'influence que les prescriptions du Sommet exercent aujourd'hui sur la production normative communautaire.

[24] Voy. le site http://peerreview.almp.org.

[25] La préface du troisième *Rapport annuel sur les réformes structurelles* du 6 mars (2001 ECFIN/EPC/171/01-EN) du Comité de politique économique, donne une démonstration claire de l'intégration de tous les différents procédés de coordination de la politique économique : « *The Country examinations are a peer review exercise focussing on progress made in the structural reform of product, capital and labour markets and long term public finances. They take a comprehensive look at the whole reform process, provide « benchmarking » comparisons between countries, give examples of « good practice » and evaluate to what extent Member States have implemented the country specific recommendations which have been addressed to them* in the Broad Economic Policy Guidelines. *The peer review exercise* incorporates the « Cardiff process » *for monitoring economic reform in Member States, which the Ecofin Council launched on 1 May 1998 in order to improve the functioning of product and capital markets in the Community. (…)*

The country examinations also assess the performance of Member States labour market policies which are an essential part of the overall economic policy framework. Building on the joint analysis prepared in the framework of the Luxembourg process and as reflected in the Joint Employment report and the Employment Guidelines, *the examination focus on those policy areas where the interaction with other areas of economic policy making and the overall economic performance is highest, e.g. the reforms of tax benefit systems. As in previous exercises, the Committee has paid particular attention to a number of priority subjects. The topics chosen this year* reflect the new strategic objectives agreed by the Heads of state and Government at the special European Council in Lisbon (…) » (c'est nous qui soulignons).

[26] Il est défini par M. Telò comme « un processus d'apprentissage par l'interaction, transfert et réforme de politiques publiques nationales et d'auto-correction » dans « Combiner les instruments politiques en vue d'une gestion dynamique des diversités nationales », *in* C. Joerges, Y. Meny, J.H.H. Weiler (ed.), *Symposium : Responses to European Commission's White Paper on Governance*, 2001, EUI & Harvard Law School, p. 6. Sur la méthode ouverte de coordination, voy. aussi le document du Secrétariat de la Convention européenne, *La coordination des politiques nationales : la méthode ouverte de coordination*, WG VI, working document 15, du 17 septembre 2002 ; E. Best, « Alternative Regulations or Complementary Methods ? Evolving Options in European Governance », *Eipascope,* 2003/1 ; C. de La Porte, « Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas ? », *European Law Journal*, 8/1, 2002, p. 41 et s. ; D. Hodson, I. Maher, « The Open Method as a New Mode of Governance : the case of Soft Economic Policy Co-ordination », *JCMS*, 39/4, p. 727 et s. ; R. Kaiser, H. Prange, « A new concept of deepening European integration ? The European Research Area and the emerging role of policy coordination in a multi-level governance system », *European Integration online Papers (EioP)*, 6/18, 2002, 18, http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-018a.htm ; P. Maillet, « Lisbonne : une noble ambition, mais de curieuses méthodes », *RMCUE*, 441/9, 2000, p. 516-517.

[27] Sur le dialogue avec la société civile, voy. un exemple dans J.-L. Sauron, « La fonction présidentielle de l'Union européenne : le cas de la présidence française de l'Union européenne du second semestre 2000 », *RMCUE*, 441/9, 2000, (p. 518-523), spéc. p. 520.

[28] Selon M. Telò, la MOC est aussi « ouverte » en ce qu'elle pourrait permettre successivement le passage à d'autres modalités de gestion, et d'abord, la méthode communautaire (*op. cit*., p. 8).

[29] Pour la définition de *multilevel governance*, voy. R. Kaiser, H. Prange, qui identifient les cactères typiques comme suit : « *i. decision-making competencies are shared by actors at different level (...) ; ii. actors and arenas are not ordered hierarchically (...) ; iii. consensual or non-majoritarian decision-making among states, which requires continuous wide-ranging negotiation process (...)* », *op. cit*., p. 2. Voy. aussi N. Bernard, *Multilevel governance in the EU*, Kluwer, 2002 ; L. Hooghe, G. Marks, « Types of Multi-Level Governance », *European Integration online Papers (EioP)*, 5/11, 2001, 11, http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-011a.htm. M. Telò souligne encore que « la *multilevel governance* européenne est victime de la « fragmigration » (Rosenau 1999) c'est-à-dire, d'un côté, de la concentration du gouvernement mondial... et, de l'autre, de la multiplication des facteurs de fragmentation et désintégration ; dans le cadre de la mondialisation, paradoxalement, la complexité sociale se traduit en une prolifération polyarchique et centrifuge des organisations locales et régionales, sectorielles et territoriales subnationales, privées et publiques » (*op. cit.*, p. 3).

[29*bis*] *Gouvernance européenne – Un livre blanc*, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final. Sur le livre blanc, voy. B. Eberlein, D. Kerwer, « Theorising the new Modes of European Union Governance », *European Integration online Papers (EioP)*, 6/5, 2002, http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-005a.htm ; M. Höreth *The European Commission's White Paper on Governance : A « Tool Kit » for closing the legitimacy gap of EU policy-making ?*, Discussion Paper C 94 2001, Bonn, Center for European Integration Studies ; M. Jachtenfuchs, « The Governance Approach to European Integration », *JCMS*, 39/2, 2001, p. 245 et s. ; C. Joerges, « Guest editorial : the Commission's White Paper on Governance in the EU – A Symptom of Crisis ? », *CML Rev.*, 39, 2002, p. 441 et s. ; C. Scott, « The Governance of the European Union: the Potential for Multi-Level Control », *European Law Journal*, 8/1, mars 2002, p. 59 et s. ; J. Scott D. M. Trubek, « Mind the Gap : Law and New Approaches to Governance in the European Union », *European Law Journal*, 8/1, mars 2002, p. 1-18; M. Telò, *op. cit*.

[30] Voy. le document de travail CONV 47/02 du 15 mai 2002, par. 18.

[31] C'est une des questions que la Convention est appelée à aborder, d'après le point 20, par. 4 du document susmentionné.

[32] Voy. le document de travail CONV 75/02 du 31 mai 2002, contenant le mandat du Groupe « compétences complémentaires ».

[32*bis*] Sur l'évolution récente du Conseil européen, voy. B. Taulègne, *Le Conseil européen*, Paris, PUF, 1993 ; H. J. Glaesner, «The European Council», *in* D. Curtin T. Heukels (ed.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, M. Nijhoff Publishers, 1994 ; J. P. Jacqué, « Le Conseil européen », *Juris Classeur Europe Fasc. 221,* 3/97 ; J.-V. Louis « L'évolution du Conseil européen à la lumière de la réalisation de l'union économique et monétaire », *in Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, Giuffré, 1999, vol. II, p. 253 et s. ; P. de Schoutheete, H. Wallace, « Le Conseil européen », série *Etudes et recherches*, 19, septembre 2002, *Notre Europe*.

[33] Voy. à titre d'exemple, les points 16-19, mais aussi 25-31 du Conseil européen de Feira et 16 et 17 du Conseil européen de Stockholm.

[34] Comme observé par J.-L.Sauron, cela implique une réduction de la marge de manœuvre de la présidence (*op. cit.*, p. 520).

[35] On se réfère, bien entendu, au chefs d'Etats et de gouvernement, et non au président de la Commission, qui est lui aussi membre du Conseil européen.

[36] Voy., à ce sujet, les conclusions du Conseil européen d'Helsinki (décembre 1999), dans lesquelles on précise au point 32 que « Les grandes orientations des politiques économiques constituent le cadre au sein duquel sont définis des objectifs et des orientations généraux. Il y a lieu de développer, *sous la direction politique du Conseil européen*, la synergie entre ces orientations, les lignes directrices pour l'emploi et le suivi des réformes structurelles ». L'appropriation par le Sommet de tâches qui relèvent de la compétence du Conseil est soulignée par P. Maillet dans « Lisbonne : une noble ambition, mais de curieuses méthodes », *RMCUE*, 441/9, 2000, p. 517. J.-L. Sauron exprime la conviction que l'évolution récente est au détriment du Conseil et à l'avantage de la Commission (*op. cit.,* p. 523). L'auteur, cependant, se rallie à la thèse selon laquelle il faut préciser la fonction présidentielle du Conseil pour éviter que la Commission devienne la seule à détenir le pouvoir exécutif. Nous pensons, au contraire, qu'elle devrait détenir seule ce pouvoir et que le Conseil avec le Parlement devrait exercer le pouvoir législatif. La suractivité du Conseil européen, en fait, comprime de la même façon les pouvoirs législatif et exécutif des institutions.

[36bis] D'après le Sommet de Séville, le Conseil a adopté la décision 2002/682 du 22 juillet 2002 portant adoption de son règlement intérieur qui reflète l'annexe aux conclusions du Conseil européen (*JOCE*, n° L 230, 28 août 2002).

[36*ter*] Voy. les paragraphes 4-6 de l'article 2 du nouveau règlement.

[37] On peut lire, à la p. 34 : « Le Conseil européen devrait jouer un rôle plus important, en partenariat avec la Commission, pour déterminer l'orientation stratégique de l'Union. Sa tâche ne doit pas être de régler au jour le jour les détails des politiques ». Le rôle central de la Commission est souligné par M. Telò, *op. cit*., p. 11.

[38] M. Telò cite les « méthodes volontaristes de « *soft gouvernance* » », la « gouvernance par la persuasion (grâce au recours à l'expertise) », la « gouvernance par la consultation », ou encore la « gouvernance par la diffusion des meilleures pratiques » (*op. cit*., p. 5).

[39] M. Telò, *op. cit*., p. 12.

[40] Voy. S. Cafaro, *op. cit*., p. 118 et s.

[41] Du même avis, J.-V. Louis, qui voit naître une crise du modèle communautaire, c'est-à-dire de l'équilibre institutionnel à cause du rôle croissant du Conseil européen, *in* « La réforme des institutions de l'Union européenne. Schéma pour une réflexion », *RMUE*, 443/12, 2000. *Contra*, M. Telò, partant de l'idée que la MOC ne fait « que confirmer la nature de « gouvernement mixte » (Mayone) du systeme institutionnel de l'UE » et qu'il est un jeu à somme positive où chaque institution gagne de nouvelles marges de manœuvre et bénéficie d'une valeur ajoutée » (*op. cit*., p. 11).

La contribution de Marc Dassesse est la version mise à jour de son article « Where is a financial service provided ? », publié dans le Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, octobre 2001.

Du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne

Etienne de Lhoneux

A. Introduction : le conseil des gouverneurs au sein du Système européen de banques centrales (SEBC)

Le professeur Louis a contribué inlassablement à la mutation du droit national et du droit international vers un droit de l'intégration. Il a pu œuvrer dans le domaine monétaire où cette mutation fut la mieux réalisée. Toute la construction européenne consiste en la réalisation d'un espace de liberté encadré dans un ordre juridique nouveau. Par-delà tout conflit idéologique, la libéralisation est inséparable d'une gouvernance publique. Il fallait un académique rigoureux mais aussi engagé dans ce monde professionnel particulier qu'est le milieu des banques centrales, pour contribuer à l'édification de l'Union monétaire intégrée dans l'ordre européen.

1. Le service public de la monnaie

L'Union monétaire est axée sur la stabilité, ce qui en fait un complément naturel du Grand Marché ; la stabilité monétaire contribue à la liberté des échanges transfrontaliers. L'Union monétaire est aussi un facteur d'ordre et de solidarité. Elle obéit à un ordre juridique avec des règles communes et un système administratif intégré qui en assure l'égale exécution sur le territoire de l'Union. Elle se construit par étapes sur la base de règles de droit mises en œuvre par des institutions. La lente avancée communautaire est liée à la complexité des relations en Europe qui avance de compromis en compromis, d'étape en étape sur la voie de l'intégration. La « méthode Louis » d'analyse systématique de tout nouveau mécanisme d'ordre institutionnel, dans le respect d'un projet communautaire à moyen terme, est bien conforme à l'approche Schuman de réalisation par étapes de la Communauté. Chacune de ces étapes crée une sorte de déséquilibre, à compenser par des progrès institutionnels ultérieurs.

Dans les rapports délicats entretenus depuis toujours entre l'argent et le pouvoir, l'arbitrage ne peut être abandonné aux seules forces du marché. Il relève du droit public. La monnaie elle-même reste un concept mystérieux. Elle est souvent définie par les fonctions qu'elle remplit : fonctions micro-économiques, d'unité de compte, d'instrument de paiement et d'actif de réserve. Chacune de ces trois fonctions nécessite un cadre légal, à savoir respectivement le statut monétaire, interne et externe, le régime des instruments et des systèmes de paiement, l'organisation des échanges. Dans ses fonctions macro-économiques, la monnaie est objet de politique monétaire et de change. Comme toute politique, dans nos systèmes voulus démocratiques, elle est à organiser dans un cadre constitutionnel. C'est sans doute l'absence d'un tel cadre au niveau mondial qui explique les échecs répétés des tentatives d'ordre monétaire international, surtout celles conçues depuis la dernière guerre mondiale.

Il n'est pas un aspect de l'ordre monétaire européen que le professeur Louis n'ait eu l'occasion de commenter, de discuter ou d'influencer. Il fut un inspirateur direct de bon nombre de dispositions à l'origine du dispositif institutionnel de l'Union monétaire.

L'auteur de la présente contribution a eu le privilège de participer à un groupe de travail présidé et animé par le professeur Louis et composé de praticiens de banques centrales et d'académiques ; ce groupe produisit en 1989 le « Rapport Louis » contenant un projet de dispositions organiques intitulé « Vers un système européen de banques centrales » [1].

Les propositions de textes et les commentaires livrés dans le rapport furent conçus en parallèle aux travaux du comité Delors, qui a conclu à la nécessité d'un développement institutionnel tout en laissant à d'autres le soin de les préciser. Que les propositions du groupe Louis aient inspiré les textes constitutifs du Système européen de banques centrales, inclus dans le traité de Maastricht, est évident. Une relecture de ces textes peut encore aujourd'hui nourrir les réflexions, tenant compte du vécu du SEBC.

Au départ donc s'inscrit la nécessité du droit dans le domaine monétaire. Les modèles antérieurs de coopération relevaient davantage de l'ordre politique que juridique. Le professeur Louis a toujours considéré qu'une Union monétaire impliquait, outre la définition d'un statut monétaire, la création d'une autorité centrale commune intégrée.

Fidèle à sa méthode, il a concilié le respect des enseignements du droit comparé avec les exigences d'un projet novateur d'union monétaire.

Dans l'espace des politiques communautaires, la frontière entre l'intégration et la coopération reste parfois difficile à tracer. Dans le domaine monétaire, le système d'intégration a définitivement relayé les différents mécanismes de coopération entre autorités nationales.

Ceci ne veut pas dire que le transfert de souveraineté monétaire des Etats à l'Union ait magiquement transformé celle-ci en un super-Etat. La monnaie ne crée pas un Etat mais est indissociable de celui-ci. La *Staatstheorie des Geldes* appliquée à l'Union européenne implique la définition communautaire d'un statut monétaire interne et externe et l'organisation de la monnaie par des règles de droit public. L'Union monétaire européenne ménage donc les subtilités d'un modèle original.

Tel est le redoutable défi pesant sur le Système européen de banques centrales qui doit avoir des attributions de banque centrale d'Etat fédéral mais qui intègre dans sa structure et dans ses modalités de fonctionnement, des éléments hérités du régime d'autonomie institutionnelle des Etats membres.

2. L'originalité de l'Eurosystème

Le SEBC introduit un concept de banque centrale relativement nouveau en droit public, construit sur l'expérience récente des banques centrales nationales, surtout des grands Etats fédéraux tels que les Etats-Unis ou l'Allemagne.

Les banques centrales occupent une place à part dans la théorie des services publics. Leur évolution est caractérisée, au plan institutionnel, par la montée de l'autonomie et, au plan fonctionnel, par la transformation de leur rôle de banquier commercial en autorité publique. Ces deux aspects, organique et fonctionnel, en font un service public original, au régime de droit public combinant le droit international, le droit constitutionnel et le droit administratif.

La création des banques centrales dans les Etats européens a historiquement suivi, tout en la confortant, la réalisation d'une unité nationale. Créées à l'origine pour organiser la circulation des billets de banque, les banques centrales se sont muées ensuite en autorités monétaires, en usant des voies tantôt du droit privé, tantôt du droit public.

Cette évolution a impliqué une publicisation progressive du rôle des banques centrales qui, sans accéder dans les Etats au rang de pouvoir institutionnel organisé par la constitution, leur ménage néanmoins une place à part dans l'action des services publics.

Cette évolution est liée au contexte économique et monétaire international. L'abandon de la référence universelle à l'or, métal précieux et base pendant des siècles du système monétaire, l'effondrement du système monétaire international en 1971, la poursuite de la libéralisation et le développement du modèle d'économie libérale, accroissent les risques de volatilité et d'instabilité. La stabilité des prix, et de manière complémentaire la stabilité financière et celle des taux de change, apparaît comme un objectif spécial de politique monétaire, justifiant l'action d'autorités spécialisées.

Deux éléments fondamentaux peuvent être mis en avant, qui caractérisent cette construction complexe qu'est le SEBC : il s'agit respectivement du concept d'indépendance et de celui de l'organisation fédérale. Ces deux éléments se retrouvent dans les modalités de fonctionnement et surtout de décision du SEBC. A cet égard, le conseil des gouverneurs est une institution originale. Dans le projet Louis, il était prévu de doter le directoire d'une capacité générale d'administration et de direction et de l'investir du pouvoir résiduel. Il était bien prévu un conseil de la Banque mais avec une mission générale de surveillance, de délibération et d'exercice de compétences limitativement énumérées. Le traité finalement a prévu que le SEBC soit dirigé par les organes de décision de la BCE, qui sont respectivement le conseil des gouverneurs et le directoire. Celui-ci a certaines compétences propres, mais pour le reste, le pouvoir résiduel revient au conseil. Le conseil est l'organe suprême.

L'instance suprême de décision auprès de la Banque centrale européenne (BCE) est le conseil des gouverneurs, qui comporte les six membres du directoire et, depuis

le 1er janvier 2001, les douze gouverneurs des banques centrales nationales participant à l'Eurosystème [2].

Ce concept de l'Eurosystème est opérationnel ; il inclut la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales participantes.

Le conseil est conçu d'abord comme un organe de décision. La pratique montre qu'il apparaît aussi comme un organe de délibération et d'influence.

L'organisation dualiste ménageant les responsabilités respectivement du conseil et du directoire, ainsi que l'action conjointe de la BCE et des banques centrales nationales (BCN), au sein de ce système hybride qu'est le SEBC, lui-même dénué de la personnalité juridique, sont à rapprocher des deux concepts de base d'indépendance et d'organisation fédérale.

L'indépendance d'une banque centrale est un concept nouveau en Europe. Il peut même paraître paradoxal. Durant des décennies, les banques centrales des Etats européens ont été progressivement nationalisées pour éviter leur soumission à des intérêts particuliers et pour garantir la conformité de l'action de la Banque centrale à la politique générale du gouvernement. Dans notre système démocratique, l'indépendance d'une autorité ne peut être vue que dans un système de *checks and balances* impliquant divers contrepoids. Les banques centrales sont affranchies de toute instruction ou influence des responsables politiques mais nullement des exigences de légitimité et d'*accountability* externe. Les contrepoids tiennent aussi à l'organisation interne garantissant un exercice équilibré du pouvoir. Une délibération collégiale et une organisation duale, comportant deux niveaux de pouvoir, sont un choix essentiel, une garantie contre tout excès de pouvoir.

Cette indépendance, selon l'expression célèbre d'un auteur américain, n'est pas conçue «*from the Government*» mais s'exerce plutôt «*within the Government*».

Il a été prétendu que le SEBC formait une communauté de droit un peu comme la CECA ou l'Euratom au sein de la Communauté européenne. Cette conception est erronée. L'indépendance a pour contrepoids la responsabilité, dans ses deux aspects de *responsibility* et d'*accountability*. Elle implique un jeu subtil de relations entre la BCE et les institutions communautaires ainsi que la BCE et le public en général.

L'indépendance, n'exclut nullement, au contraire, des relations de coopération entre les institutions.

L'Eurosystème est pleinement intégré à l'ordre juridique communautaire. Le contrôle juridictionnel de ses actes est général. Sans doute, vu notamment les caractéristiques propres des décisions dans le domaine monétaire, le contentieux est-il limité à ce jour [3]. Ceci démontre aussi la confiance faite à cette quasi-institution, élevée au rang de législateur communautaire spécialisé. L'équilibre est recherché par la collégialité. D'où l'intérêt des dispositions statutaires en matière de composition, de condition de nomination et de condition de prise de décision au sein du conseil.

B. L'organisation du conseil

1. Composition

La composition du conseil est hybride. Six membres sont nommés au terme d'une procédure communautaire et les autres au terme d'une procédure nationale. Néanmoins les uns et les autres sont soumis à la règle de la collégialité et participent

également aux discussions. En règle générale, ils disposent d'un droit de vote identique ; ils sont aussi soumis aux mêmes exigences d'indépendance.

Ces gouverneurs de BCN n'ont pas d'investiture communautaire pour participer à cet organe de décision européen. Leur qualité de membre du conseil procède automatiquement de leur désignation par l'autorité nationale en qualité de gouverneur ou de président de leur banque centrale nationale.

Il est à mentionner que l'égalité des membres n'est pas totale ; des différences existent non seulement au niveau de la procédure de la nomination, mais aussi de l'exercice du pouvoir votal, des conditions sociales, qui ne sont pas harmonisées, voire des facilités liées à la désignation d'un remplaçant ou à l'accompagnement par un suppléant (*alternate*). Ces questions sont réglées par le règlement intérieur.

Il serait faux toutefois de déduire de deux procédures de nomination différentes, l'existence au sein du conseil de groupes en rivalité ; l'un exprimant la voix communautaire (directoire), l'autre les voix nationales (gouverneur, BCN). Telle n'est pas la conception. Tous les membres participent à un organe commun dans un principe d'égalité fonctionnelle. La protection contre la révocation que leur offre le droit communautaire est un élément objectif contribuant à leur indépendance personnelle. Par ailleurs, ils sont soumis à des règles déontologiques identiques. Ces règles sont résumées dans un *Code of Conduct* adopté par le conseil des gouverneurs, signé par chacun de ses membres en mai 2002 et publié au *Journal officiel*. Le respect de ses dispositions est assuré par le jugement des pairs (*peer pressure*), voire éventuellement l'autorité morale du président.

C'est en tenant compte de la spécificité de ces fonctions que doit être analysée la question de la possibilité pour un membre du directoire d'être par la suite investi d'une fonction présidentielle ou vice-présidentielle.

Il convient d'éviter une lecture rigide des textes.

Qu'un membre soit par la suite investi d'une fonction présidentielle est compatible avec le critère de compétence, essentiel pour l'exercice de cette fonction, et défini comme tel dans les statuts.

Cela rejoint aussi le principe d'égalité des membres du conseil des gouverneurs dans la mesure où il n'est pas contesté que les membres du conseil, gouverneurs des banques centrales nationales, puissent être investis d'une fonction de membre du directoire.

Certes, il est exclu de procéder par avance à des nominations et de pourvoir à un poste qui n'est pas effectivement vacant.

2. Pouvoir votal

La règle fondamentale du statut est que « chaque membre du conseil des gouverneurs dispose d'une voix ». Ce principe est la conséquence de l'indépendance des membres du conseil qui participent aux séances et s'y expriment personnellement.

C'est à titre dérogatoire que dans certaines matières d'ordre patrimonial « les suffrages des membres du conseil des gouverneurs sont pondérés conformément à la répartition du capital souscrit de la BCE entre les BCN ».

Ces décisions de caractère patrimonial sont prises à la majorité des actionnaires, entre lesquels le pouvoir votal tient compte de l'importance de la participation au

capital. Cette exception n'est pas la seule. Pour certaines matières, l'unanimité des membres du conseil est requise ; il s'agit essentiellement de décisions d'ordre statutaire fondamental (article 41.2.)

Les « matières patrimoniales », pour lesquelles les votes sont pondérés, sont limitativement énumérées. Cette procédure de vote est exceptionnelle ; elle ne peut être étendue à une matière non spécifiquement visée dans les statuts. Ainsi, quand le conseil des gouverneurs agit en qualité d'autorité budgétaire, sur proposition du directoire, c'est selon la procédure ordinaire, « *one member, one vote* ». Ceci s'impose aussi vu l'indépendance institutionnelle des entités au sein du système. Les gouverneurs des BCN ont, par leur participation au conseil, autorité sur la politique budgétaire de la BCE ; l'inverse ne vaut pas, si ce n'est partiellement et indirectement. Il n'y a pas d'intervention de la BCE dans la procédure budgétaire des BCN. Les budgets des BCN sont adoptés conformément à des dispositions nationales dans le respect évidemment du principe d'indépendance qui exclut l'approbation préalable ainsi que la censure ultérieure par les pouvoirs politiques ; ceci n'empêche pas un contrôle de régularité à l'intervention des autorités de contrôle, même gouvernementales, au niveau national dès lors qu'aucune compétence d'opportunité ne leur est reconnue.

Le projet « Louis » avait prévu une participation mixte, purement publique ; la moitié du capital aurait été détenue par la Communauté européenne, l'autre par les BCN, tenant compte de leur importance respective. La solution finalement retenue peut apparaître comme un élément accru d'indépendance à l'égard du pouvoir politique mais pose le problème du risque d'influence des BCN sur la gestion du SEBC. L'esprit des statuts est bien de garantir à la BCE une loyauté purement communautaire et de la faire échapper à tout marchandage, tenant compte d'intérêts nationaux.

Il serait faux de qualifier la BCE comme une « filiale » commune des BCN. La constitution de la BCE ne résulte pas de la simple volonté de ses parents fondateurs. Le pouvoir des gouverneurs au sein du conseil n'est pas comparable à celui des actionnaires d'une assemblée générale. Il n'y a pas même d'assemblée générale comme organe suprême ; mais uniquement une procédure au sein du conseil, qui permet à celui-ci d'exercer certaines fonctions limitées d'une assemblée générale d'une société.

De manière générale, le recours au vote est un instrument ultime. Organe de délibération, le conseil recherche le consensus ; il a moins à trancher entre des choix politiques qu'à confronter le fruit d'analyses scientifiques.

3. Fonctionnement

a) Procédures et transparence

La dénomination même de « conseil » suggère une réunion délibérante empreinte de discrétion. Le conseil n'est pas une assemblée. L'indépendance personnelle de ses membres, qui ne peuvent être jugés au regard d'intérêts nationaux, suppose une discrétion sur les interventions individuelles. Par contre sa qualité d'autorité publique impose une pleine publicité de ses décisions. Ce régime qui allie confidentialité des débats et publicité des actes correspond aux règles du statut et du règlement intérieur de la BCE.

Ceci implique que les membres soient personnellement au courant des dossiers ; ceci explique aussi que le conseil devra au moins se réunir dix fois par an (article 10.5).

Par rapport aux procédures en vigueur auprès des institutions législatives communautaires, les prises de décision au sein du SEBC sont particulièrement simples. Il n'y a pas de consultations externes qui soient prévues. Le conseil des gouverneurs prend les actes, parfois de manière très rapide.

Au conseil des gouverneurs participent, mais sans droit de vote, les représentants du Conseil (des ministres) et de la Commission. L'importance de cette représentation est fonction du rôle de ces deux institutions dans le champ d'action de la BCE. Sans doute le contact personnel est-il plus efficient avec le membre de la Commission, qui bénéficie d'une certaine stabilité. La rotation semestrielle du représentant du Conseil (en certains cas, annuelle dans la mesure où le président de l'Eurogroupe remplace le président formel du conseil s'il provient d'un Etat ne participant pas à l'euro) est plus l'occasion d'une présentation des activités des travaux du conseil ; elle peut amorcer un dialogue constructif sur les dossiers en cours, néanmoins, en l'absence d'un véritable « gouvernement économique », les rapports entre l'autorité monétaire, totalement centralisée, et les autorités économiques, principalement décentralisées, sont nécessairement complexes.

Le conseil est conçu comme un organe de décision. Toutefois, sa caractéristique et l'homogénéité de ses membres semblent devoir exclure une relation majorité-minorité. Le recours formel au vote ne paraît d'ailleurs pas fréquent. Le risque dès lors est-il de transformer l'organe de décision en organe de délibération ?

Le remède institutionnel réside dans le rôle réservé au directoire, responsable de la préparation des réunions et au président, responsable de l'agenda.

Une évolution vers un mode de fonctionnement présidentiel paraît dans la logique du système. Le tandem président/vice-président est ainsi une institution remarquable. Le risque dès lors est-il celui de transformer le Conseil en chambre d'entérinement ? De nombreux garde-fous existent contre une telle évolution, en particulier, le nombre élevé de réunions (au moins dix par an selon les statuts), la composition diverse (voy. *supra*) et le fait même du maintien de controverses économiques sur les sujets traités.

Organe de délibération, le conseil doit éviter les obstacles linguistiques. Il y parvient aisément. Les membres du conseil doivent pouvoir communiquer entre eux sans l'assistance d'interprètes [4].

Si le régime linguistique des actes communautaires est à respecter par la Banque centrale européenne, l'usage des langues au sein du SEBC fait l'objet de dispositions assouplies. Pour les travaux internes et les instructions de la BCE, elles sont notifiées « dans l'une des langues officielles des Communautés européennes » ; ceci permet de compléter la politique unique, par une langue unique dont on ne s'étonnera pas qu'elle soit l'anglais.

Néanmoins, tout acte, en ce compris les instructions de la BCE « devant faire l'objet de publication officielle », est traduit dans les langues officielles des Communautés européennes. Sans doute serait-il élégant d'officialiser un jour la pratique de l'usage de la langue bancaire internationale.

Par rapport aux organes décisionnels tels qu'un gouvernement national ou un conseil d'administration de société, la transparence exigée du conseil des gouverneurs n'est nullement en reste. Certes la confidentialité s'impose pour éviter une publicité sur les positions individuelles qui nuirait à l'indépendance personnelle des membres. En particulier, il est exclu, dans la tradition européenne soucieuse à juste titre de maintenir une cohésion des membres, de procéder à la publication du résultat du vote (quand il a lieu) ou de permettre *a posteriori* des *dissenting opinions*. La politique unique implique une communication identique ; ce n'est pas la *single voice*, chaque membre peut s'exprimer mais c'est le *single message* impliquant l'adhésion de tous à la décision finalement prise en commun. Une saine critique, source d'émulation peut provenir soit de l'action d'autres pouvoirs, soit du monde académique ou de la presse.

b) Comitologie

L'Eurosystème ne peut échapper à cette profonde tradition de « comitologie », si incrustée dans le fonctionnement des institutions communautaires et pour une part dérivée de ses origines intergouvernementales. On sait que l'action des comités dans l'espace communautaire est présentée à la fois comme un remède et comme la cause des difficultés et des lourdeurs de l'architecture institutionnelle. L'essentiel est de garantir la responsabilité des pouvoirs légalement institués. Certes, dans la matière considérée importe-t-il que les membres du conseil soient assistés des meilleurs experts. Le rapport du groupe Louis avait suggéré la création d'un comité consultatif externe composé de quarante à soixante membres et chargé de débattre des questions d'intérêt général touchant aux activités de la BCE. Il s'agissait de doter la banque d'un éclairage préalable et d'une possibilité de faire passer ses messages dans les milieux professionnels les plus concernés. La proposition n'a pas été suivie sur ce point.

Les comités du SEBC fonctionnent conformément au règlement intérieur de la BCE.

Ils sont internes à l'Eurosystème. Ces comités sont créés par des décisions du conseil des gouverneurs ; ils ne peuvent en aucun cas assumer des fonctions réglementaires ou décisionnelles. Ils sont des lieux d'échange et de préparation des décisions ; ils contribuent au suivi de leur exécution ; ils n'ont pas de visibilité externe, si ce n'est un seul d'entre eux, le Banking Supervision Committee, dont la composition est elle-même élargie à des autorités nationales de contrôle bancaire et financier, autonomes par rapport aux banques centrales.

Le rôle des comités SEBC est assez particulier. Ils sont les héritiers d'un système de coopération entre banques centrales, bien antérieur au SEBC. Ces comités, dorénavant au nombre de treize, disposent chacun de groupes de travail indépendants ; ils sont en principe, (à deux exceptions près), placés sous la présidence d'un représentant de la BCE. Ils comptent chacun treize délégations, une pour la BCE et une en provenance de chaque BCN de l'Eurosystème. Les comités sont aussi organisés pour pouvoir fonctionner de manière élargie avec les banques centrales non encore participantes à l'euro. Il en sera prochainement de même pour les banques centrales des pays candidats à l'adhésion.

Les membres des comités sont qualifiés dans le règlement intérieur de « représentants » des BCN. Cette terminologie est sans doute un héritage du passé. Les membres apparaissent plutôt comme des experts représentants personnels du gouverneur BCN assurant l'information de celui-ci, permettant la préparation des activités du conseil et contribuant à une organisation fluide de l'Eurosystème.

C. L'action du conseil

L'action la plus connue porte sur la réalisation de la première mission du Conseil, qui est la conduite de la politique monétaire. L'attention du public est surtout concentrée sur les décisions de stratégie à moyen terme de la politique monétaire et sur les modifications de taux d'intérêt des opérations conclues entre l'Eurosystème et les banques établies dans la zone euro. Ces banques ont à titre exclusif le statut de contrepartie de politique monétaire.

Les autres actions sont parfois moins connues mais n'en sont pas moins importantes. Depuis 2002, il est prévu que soient tenues, deux fois par mois, les réunions du conseil, à Francfort ; en général, la première est consacrée principalement à la politique monétaire et la seconde à ses autres activités. Si la politique monétaire retient pour l'essentiel l'attention, le conseil dispose d'un vaste champ d'action. L'on propose ci-après de distinguer trois aspects : le pouvoir décisionnel, le pouvoir d'organisation interne du SEBC et enfin son pouvoir consultatif.

1. Pouvoir décisionnel

Le conseil exerce pour l'essentiel le pouvoir assurément formidable d'émettre des actes analogues aux actes adoptés par les institutions de la Communauté : règlements, décisions (générales ou individuelles), recommandations et avis. Investi d'une large compétence d'attribution dans son domaine, le conseil n'en a certes pas abusé. Il n'y a à ce jour que quelques règlements qu'il ait formellement adoptés dans le domaine monétaire et statistique.

Au rythme d'environ vingt-cinq réunions par an, la production normative du Conseil est globalement impressionnante.

L'ensemble des instruments juridiques publiés sont repris dans un « compendium » dont la seconde édition 2002 comporte plus de cinq cents pages [5]. Parmi ces instruments, on relève la préférence pour l'usage par le Conseil de la prise d'« orientation », au régime juridique non précis. Même les fixations du taux d'intérêt apparaissent comme des décisions de caractère *sui generis* aux effets obligatoires immédiats mais sans portée strictement réglementaire.

La retenue du conseil dans l'exercice de son pouvoir réglementaire peut être vue comme une réserve de sa part. La BCE n'a pas gonflé la masse de la législation communautaire. Elle a surtout pris des dispositions internes. Certains pourraient regretter cette timidité dans la mesure où fondamentalement la libéralisation que réalise l'Union européenne implique l'adoption d'une réglementation commune. La libéralisation appelle la « re-regulation » de même que la globalisation appelle une gouvernance publique.

Le pouvoir réglementaire de la BCE est spécialisé et rigoureusement encadré. Le SEBC est soumis au respect du droit communautaire général et du droit international

public. Il lui appartient dans son champ de compétences de prolonger au besoin des mesures prises ou à prendre par les autorités communautaires.

On peut donner l'exemple des systèmes de paiement ou des systèmes de règlements des opérations sur titres. Sur la base de l'article 22 des statuts, une compétence réglementaire est reconnue au conseil. A ce jour, il ne l'a pas exercée. Il a préféré utiliser les *Guidelines* et les décisions *sui generis*. Certes, il appartient au conseil des gouverneurs lui-même d'apprécier la nécessité de prendre des règlements. Le défaut d'action du conseil paraît pouvoir engager la responsabilité de la BCE en cas d'incidents faisant suite à un défaut de réglementation ou à une réglementation inadéquate.

A priori, les règlements de la BCE peuvent étendre leurs effets dans des matières de droit civil ou commercial, dès lors qu'ils sont pris dans le champ d'action de la BCE. Ses règlements bénéficient de la primauté du droit communautaire [6].

Rien ne s'oppose à ce que la BCE prenne des règlements dans le domaine par exemple des mesures d'autorité d'intérêt général comme les sanctions financières ou la lutte contre le terrorisme. La BCE doit en effet contribuer au respect de la légalité globale dans son champ de compétence. Les mesures d'autorité, dans un espace financier libéré, doivent nécessairement être communautaires. La BCE contribue à la mise en œuvre de nouvelles dispositions du traité, comme celles de l'article 280, en matière de lutte anti-fraude, introduit par le traité d'Amsterdam.

On observe que l'article 105 par. 6 du traité permet au Conseil (des ministres) d'attribuer à la BCE des missions spécifiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit ou autres établissements financiers. En ce cas, la BCE pourrait exercer son pouvoir réglementaire, ce qui serait commode dans ce domaine si délicat pour la stabilité bancaire et financière. Dans un secteur voisin, celui des valeurs mobilières, il a fallu recourir, à défaut des dispositions habilitantes du traité, à une structure de « comitologie », proposée par le rapport Lamfalussy en l'an 2000. Ceci afin d'assurer une régulation appropriée. L'article 105 par. 6 n'a pas été utilisé. Sans doute n'y a-t-il pas d'obligation pour le Conseil (des ministres) d'y recourir mais peut-il, ne le faisant pas, investir de pouvoir une autre organisation ? On peut en douter.

Par définition, en prenant des règlements directement obligatoires, la BCE peut imposer des obligations à des opérateurs non nécessairement professionnels du secteur financier.

La pratique montre l'imagination du conseil des gouverneurs dont émane toute une gamme de normes au statut peu défini. Le conseil prend note, prend acte, approuve, *endorses*, considère. Toutes ces formulations laissent ultérieurement au juge le soin de qualifier la portée décisionnelle de l'acte en cause.

La réserve de la BCE est un fait qui en soi n'est pas critiquable sauf si la préférence est donnée à la prise de quasi-règlements, impliquant des obligations pour les tiers, mais imposés par la force morale de l'institution sans cadre juridique précis.

L'usage fait par le conseil des instruments particuliers, dérivés de ses statuts, mais non formellement organisés que sont les orientations et les instructions, mérite d'être souligné. Toutefois, il faut admettre l'originalité de ces instruments. Il serait dangereux de comparer le régime des orientations à celui des directives. Les orientations sont en

général mises en œuvre au niveau des BCN. Ainsi la BCE fixe-t-elle le cadre des instruments de politique monétaire dans une orientation ; les BCN adoptent chacune leurs conditions générales, tantôt par la voie réglementaire, si elles ont ce pouvoir, tantôt par la voie de contrat d'adhésion. Il n'y a pas d'analogie entre cette adaptation, qui est obligatoire pour les BCN qui font partie intégrante de l'Eurosystème, et la transposition des directives, par les Etats membres, qui résulte de leur autonomie institutionnelle. Il serait aussi dangereux de comparer le régime de ces *guidelines* aux orientations que peut donner le Conseil (des ministres) dans le domaine de la politique de change ou le domaine de la politique économique et budgétaire (articles 99 et 111 du traité).

L'action du conseil dans le domaine des relations externes est peut-être encore plus caractéristique de cette originalité. Il en va de même pour les avis émis par le conseil conformément à un cadre juridique précis (voy. *infra*, 3).

2. Pouvoir organisationnel

Le conseil des gouverneurs est l'organe de décision suprême de l'ensemble de l'Eurosystème. Il lui revient d'assurer son bon fonctionnement.

La logique de base est simple : le principe est celui de la concentration des décisions près de la BCE et de la préférence pour une décentralisation de l'exécution auprès des BCN. Ce principe simple conduit à des situations délicates. Les BCN sont investies d'un double mandat, communautaire et national. Certes n'y a-t-il pas de conflit d'allégeance possible vu la primauté du droit communautaire. En cas de conflit de règle ou d'intérêt, l'intérêt communautaire doit prévaloir.

Toutefois, le régime reste hybride. Elles « font partie intégrante du SEBC » (article 14 des statuts) mais elles sont constituées et organisées sur la base de dispositions nationales ; le processus de *legal convergence* a assuré une harmonisation minimum des exigences du traité.

La logique juridique est à confronter à la réalité des faits. Le système est organisé de manière floue mais il investit le conseil des gouverneurs d'une responsabilité générale. C'est lui qui doit assurer l'action cohérente de l'ensemble des entités. Les décisions à prendre par le conseil des gouverneurs ne couvrent que des aspects d'ordre fonctionnel. Le conseil n'a pas de prise directe sur l'organisation institutionnelle des banques centrales nationales ni même à ce jour, hors certains mécanismes de consultation, de pouvoir de décision sur le statut social des agents occupés auprès des banques centrales nationales. Ceux-ci représentent une soixantaine de milliers de personnes contre un bon millier auprès de la BCE. Une certaine mobilité existe pour les membres du personnel des BCN qui sont avertis des vacances auprès de la BCE ; un système général de mobilité n'existe cependant pas.

L'obstacle n'est pas une clause de nationalité. Le professeur Louis a pu contribuer à la reconnaissance du principe de la libre circulation des travailleurs au sein du SEBC.

La Cour de justice, depuis un arrêt de 1982 considère que seuls les postes impliquant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux prérogatives de pouvoir public, peuvent être réservés à des nationaux. Vu la participation des BCN à l'Eurosystème, il semble que très peu d'emplois qualifiés

d'administration publique puissent être dorénavant encore réservés aux nationaux auprès des banques centrales ; il s'agit essentiellement des membres des organes de décision en tout cas pour les matières impliquant le contrôle prudentiel ou celui des marchés, qui restent à ce jour une compétence principalement nationale.

Le système apparaît dans l'espace communautaire comme le service public communautaire le plus vaste et le seul couvrant effectivement en intégralité le territoire. Certains éléments d'intégration sont à relever qui font que ce système n'a pas hérité de toutes les lourdeurs caractérisant ce qui bien souvent est présenté comme la bureaucratie européenne.

Pour chaque fonction de l'Eurosystème, il appartient au Conseil d'en organiser l'exercice et de juger, conformément à l'article 12 des statuts, dans quelle mesure il est possible et adéquat que la BCE recoure aux BCN pour l'exécution des opérations de l'Eurosystème. Le rapport de forces du moins à l'origine profite davantage aux BCN qu'à la BCE. Néanmoins, il n'y a pas d'obstacle institutionnel au développement des services même opérationnels auprès de la BCE. Ceci est explicitement mentionné dans le domaine des relations extérieures (article 23 des statuts) ou de l'émission des billets.

Pour ce dernier domaine, la disposition de l'article 106 du traité à cet égard est assez ambiguë. Elle sert de base pour la décision de la BCE prise en décembre 2001, de partager l'émission des billets entre la BCE et les BCN, à partir du 1er janvier 2002. La BCE est présumée émettre 8% des billets de l'Eurosystème ; les BCN se partageant les 92% restants. Ceci conduit à un partage entre elles du revenu du seigneuriage.

L'originalité du système SEBC – dépourvu en tant que tel de la personnalité juridique et composé d'entités distinctes – est le fruit d'un compromis institutionnel. Il paraissait logique à l'origine qu'une politique monétaire unique soit conduite par une institution dotée d'une personnalité juridique unique.

Cependant, il ne pouvait être question pour d'évidentes raisons sociales, de réaliser un processus de fusion ou d'acquisition complet à l'intérieur du SEBC. Un remplacement total des autorités nationales par une institution nouvelle ne fut jamais considéré comme une perspective réaliste. Néanmoins, le système est ainsi conçu qu'il puisse évoluer vers une centralisation relative et progressive que pourrait impliquer l'unité de politique.

Des conditions de réalisme, des impératifs sociaux s'opposent à une fusion. Le SEBC réalise ainsi un compromis institutionnel original. On sait qu'en général, comme le démontrent de récentes études de la Banque centrale européenne, le mouvement de concentration bancaire, par fusion et acquisition, n'a pas encore connu un développement transfrontalier important. Il eût été prétentieux de trop innover au niveau public. Les raisons essentielles semblent tenir aux difficultés organisationnelles, culturelles et sociales liées à des rapprochements trop rapides, d'entités toujours baignées d'environnement national.

Par ailleurs, la logique n'est pas celle d'une société commerciale ou d'un groupe de sociétés. La BCE n'a pas pour objectif de faire du profit pour ses actionnaires. Elle doit réaliser ses missions. Ni une privatisation, ni un simple appel minoritaire au capital privé, n'ont été sérieusement envisagés. Le conseil n'a pas de pouvoir de

nomination des dirigeants, ni d'influence sur la gestion courante de la BCE dont est exclusivement responsable le directoire (article 11.6).

La BCE a droit à l'indépendance financière. Ses recettes propres furent au départ assez réduites. Le capital souscrit par les BCN est d'un montant limité par rapport aux fonds propres des BCN. Cette situation peut paraître paradoxale. On observe néanmoins qu'elle est complétée par un transfert partiel des réserves de change des BCN à la BCE (avec possibilité d'augmentation). De plus, la BCE peut disposer d'une partie de revenus monétaires à concurrence de son émission théorique de billets depuis 2002.

L'Eurosystème produit une comptabilité globale ; celle-ci toutefois n'intégre pas complètement les comptabilités nationales, établies auprès des différentes BCN, en partie selon leur règles propres. Ce système évite une concentration trop forte des avoirs mais permet une présentation globale consolidée des comptes de l'Eurosystème.

3. Pouvoir consultatif

La mission de conseiller des autorités publiques a été progressivement reconnue aux banques centrales en Europe. Elle est à l'origine de l'importante mission consultative confiée à la BCE par l'article 105 par. 4 du traité. C'est au conseil des gouverneurs qu'il revient d'adopter les différents avis officiels rendus sur demande ou d'initiative sur les projets législatifs au niveau communautaire ou national.

Cette disposition de l'article 105 par. 4 est large ; elle est mise en œuvre pour les textes nationaux par une décision du Conseil (des ministres) du 29 juin 1998. Dans le projet « Louis », il était clairement précisé qu'au niveau communautaire, la consultation était à l'initiative de la Commission européenne. A l'heure actuelle, la pratique est que l'avis de la BCE est sollicité lors des travaux devant le Conseil puis éventuellement le Parlement.

On peut y voir une lacune ; tant que la Commission est investie du pouvoir exclusif d'initiative, il semble opportun que la proposition bénéficie de l'avis préalable de la Banque centrale ; celle-ci pourra encore faire connaître sa position aux phases ultérieures de la procédure auprès des autres institutions.

Conformément au règlement d'ordre intérieur de la BCE, l'avis est de la compétence du conseil des gouverneurs. Peut-être celui-ci est-il perçu comme moins centralisateur que le directoire. Ceci permet en tous cas un dialogue entre la BCE et la BCN de l'Etat concerné, quand il s'agit d'un projet national.

L'objet de l'avis n'est pas simplement de vérifier que les projets en cause ne portent pas atteinte aux compétences propres de la Banque centrale. Il n'est pas non plus un avis de pure opportunité. L'avis n'est pas soumis à une norme de référence précise, mais il doit évidemment s'inscrire dans la légalité communautaire. Il s'agit d'une contribution positive d'ordre général pour la construction législative dans le domaine d'action, assurément vaste, du SEBC.

Bien que la consultation obligatoire des textes nationaux soit organisée par la décision du Conseil (des ministres), la pratique montre quelques problèmes et différences dans les demandes de consultation selon les Etats.

Dans le projet Louis, le champ était défini de manière large, comme couvrant des matières « monétaires, bancaires et financières ».

Dans les travaux en cours pour l'intégration des services et marchés financiers, la compétence d'avis de la BCE a vocation à s'appliquer dans des conditions encore à définir pour les différents niveaux de réglementation. Cette compétence d'avis est distincte d'une participation éventuelle à un comité de réglementation ou à l'exercice d'un pouvoir direct de réglementation, que lui octroierait le Conseil (des ministres).

L'avis est un élément du processus législatif, il est un élément d'influence ; il est nécessairement préalable. Certains cas, exceptionnels, d'avis *ex-post* peuvent être relevés. Toutefois, dans le respect des principes, un acte législatif adopté en violation de l'obligation de consultation de la BCE doit être formellement abrogé par son auteur et la procédure législative réintroduite. Eventuellement une procédure en annulation sera introduite, selon le cas au niveau national ou communautaire.

La publicité des avis est organisée par la BCE conformément à l'article 34.2 des statuts et de ses règles en matière de transparence. Une publicité complémentaire est organisée en cas d'avis adressé aux autorités nationales sur l'initiative de celles-ci dans les frontières de l'Etat visé.

D. Les chantiers ouverts

1. Réforme du Conseil ? La clause habilitante du traité de Nice

Le traité de Nice, signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1er février 2003, prévoit la modification du protocole sur les statuts du SEBC [7].

Le problème ressenti est clair. A l'origine, le conseil des gouverneurs comportait dix-sept membres (six membres du directoire et onze gouverneurs). A l'horizon de la participation des gouverneurs de tous les Etats de l'Union, soit vingt-sept, le conseil des gouverneurs pourrait comprendre trente-trois membres votants. Le risque est de le transformer en assemblée.

Le traité ne tranche pas lui-même la question de la réforme mais il limite celle-ci au pouvoir votal, garantissant la participation de tous les gouverneurs en tant que membre du Conseil dans le respect du principe fédéral.

Il fait confiance au conseil des gouverneurs lui-même pour faire une auto-évaluation de son fonctionnement et produire, à l'unanimité de ses membres, une recommandation.

Cette clause habilitante permet à l'avenir de faire l'économie d'une conférence intergouvernementale ; néanmoins, elle reste très difficile dans sa mise en œuvre.

L'unanimité au sein du conseil des gouverneurs, est conforme à la procédure de révision simplifiée (article 41 des statuts). Toutefois la procédure du nouvel article 10.6 reste beaucoup plus lourde que celle de l'article 41.1.

La question de la réforme du conseil est évidemment politique. La nouvelle disposition vise le pouvoir votal mais non la composition du conseil qui devrait rester inchangée. (autant de gouverneurs BCN que d'Etats participant à l'euro).

Dans son avis du 5 décembre 2000, la BCE soulignait le fait que le principe constitutif essentiel de la direction de la politique monétaire de la BCE est celui de « une voix par membre » (*one member, one vote*).

La BCE, pour éviter que ce principe essentiel soit modifié, estimait « essentiel d'enregistrer cela dans une déclaration distincte des Etats membres, annexée au traité ». La conférence n'a pas suivi cette suggestion.

De nombreuses formules peuvent être imaginées pour aménager le pouvoir votal. La difficulté tient au caractère original du conseil des gouverneurs. Il paraît incompatible avec l'indépendance de la BCE de transposer des règles envisagées pour la réforme du Conseil (des ministres). Les gouverneurs ne siègent pas en tant que représentants de leur Etat d'origine, ni même de leur banque centrale d'origine. La question peut être posée de la nécessité d'une réforme du conseil des gouverneurs en vue de l'élargissement de l'Union. Le conseil fonctionne relativement bien. Il n'y est pas fréquemment recouru au vote ; de toute manière, même en cas de vote, ni le recours à cette procédure, ni les résultats de ceux-ci, ni *a fortiori* l'individualisation des votants, ne sont rendus publics. Il n'apparaît pas nécessairement que l'élargissement mette en cause à court terme son efficacité.

Si au gré de l'arrivée de nouveaux participants, le conseil se transformait d'organe de décision restreint en assemblée délibérante, il pourrait néanmoins continuer à assumer les tâches qui lui incombent.

Les statuts prévoient une possibilité de délégation du conseil au directoire. Il aurait pu être mis en doute que pour l'Union monétaire, le réaménagement du conseil soit le problème principal. Toutefois, c'est bien ce que prévoit le traité de Nice. La conférence intergouvernementale, dans une déclaration annexe « escompte qu'une recommandation au sens de l'article 10.6 de l'article des statuts du SEBC sera présentée dans les plus brefs délais ». De nombreuses propositions peuvent être imaginées.

Un système de *constituencies* ou un système de pondération des votes risque d'aboutir à une re-nationalisation d'un organe conçu et voulu comme indépendant et communautaire.

Un système de constituantes, inspiré de la situation de la Deutsche Bundesbank [8] a l'inconvénient de souligner une dimension nationale à la participation au conseil (le membre votant est censé représenter les BCN d'Etats déterminés).

Un système de rotation de pouvoir votal, avec maintien du droit à une participation active aux délibérations du conseil, peut être imaginé tenant compte de l'expérience du Federal Reserve System aux Etats-Unis.

Tout système de rotation, autre qu'une rotation égalitaire (comparable au système de présidence du Conseil de l'Union), contient en lui-même un risque de re-nationalisation et de limitation de l'indépendance personnelle des membres. S'il faut des critères, ceux-ci ne peuvent être purement nationaux, comme le seraient par exemple les seuls critères de population ou de produit intérieur brut. Il conviendrait en ce cas d'utiliser plutôt des critères liés aux fonctions de l'Eurosystème, ainsi des critères tenant compte de l'importance des places financières dans la zone euro.

Le système ne devrait pas prévoir une rotation des membres du directoire. Ceux-ci sont expressément nommés au terme d'une procédure communautaire pour exercer un pouvoir décisionnel. S'il devait y avoir rotation parmi eux, sans doute faudrait-il imaginer un système de double majorité, respectivement au sein du directoire et au

sein du collège des gouverneurs, membres du conseil. Or, un tel système de double majorité ne correspond pas à l'esprit dans lequel les statuts ont été rédigés.

A l'occasion, on peut se référer aux propositions du groupe Louis, qui avait suggéré deux formules : selon la première, « les gouverneurs sont investis du droit de vote à tour de rôle pour une période d'un an, sans exclure la désignation de membres permanents » ; selon la seconde, « les gouverneurs sont investis du droit de vote par la voie d'une élection annuelle au sein du comité des gouverneurs de banques centrales ».

On observe que la procédure de l'élection au sein d'un collège, est appliquée avec succès au sein de la Cour de justice ou de la Cour des comptes européenne. L'élection pourrait impliquer soit la participation des seuls gouverneurs des banques centrales nationales, soit de l'ensemble des membres du conseil.

On rappellera aussi que le groupe avait envisagé l'extension d'un système de pondération de vote pour les délibérations du conseil, mais avec pour protection de l'indépendance du conseil la règle qu'une proposition du directoire ne pourrait être amendée par le conseil que moyennant l'accord du directoire lui-même, statuant à la majorité de ses membres et avec voie prépondérante du gouverneur (président de la BCE).

Malgré un avis réservé de la Commission et du Parlement européen au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement, l'unanimité a pris une décision conforme à la recommandation du conseil des gouverneurs. Il reste à espérer une ratification rapide au niveau des Etats. Cette réforme n'exclut pas qu'un jour, dès lors que l'Union excédera vingt-sept membres, une nouvelle réforme de statut, peut-être plus ambitieuse, soit entreprise.

2. Les relations extérieures

La création de l'Union monétaire européenne est en partie une réponse à la désorganisation progressive du système monétaire international depuis la mise en œuvre des statuts du Fonds monétaire international (FMI) élaborés en 1944. La généralisation des taux de change flottants et l'absence de réforme de l'architecture financière mondiale ont rendu nécessaire des progrès au niveau régional dans l'attente d'une reconstitution au niveau mondial.

Le traité traduit dans ses dispositions en matière de relations extérieures certains compromis difficiles à mettre en œuvre. Il s'agit tout d'abord de la distinction entre la politique de change et la politique monétaire. Il s'agit aussi de l'application des dispositions de l'article 111 (accords externes, orientations de politique générale, actions inaltérables) et des difficultés de mise en œuvre de la représentation de l'Union monétaire.

Jusqu'à ce jour, ce sont des solutions partielles et souvent très pragmatiques qui ont été imaginées, notamment pour la participation de la BCE à certains groupes extérieurs, tels que le G7 (devenu G8). Auprès du FMI, dans l'attente d'une admission de l'Union européenne en tant que membre, la BCE a simplement droit à un observateur.

La logique du droit communautaire voudrait que les matières transférées des Etats à la Communauté, soient exercées aussi par celle-ci dans l'ordre externe.

Dans le domaine considéré, ceci appelle néanmoins une modification des règles institutionnelles et d'actes extérieurs. Le professeur Louis, dans plusieurs contributions, a traité de ces problèmes et de la situation de caractère transitoire qui prévaut à ce jour.

Le maintien de compétences nationales dans le domaine économique et financier conduit au maintien de l'exercice de compétences partagées sur la scène externe, entre la Communauté et ses Etats. Ce partage conduit à des relations très complexes entre institutions communautaires et ne facilite pas l'organisation des relations externes de l'Union.

Dans le domaine de la politique de change, jusqu'à présent sur la base de l'article 111, le Conseil (des ministres) n'a adopté que quelques accords formels avec les Etats tiers ; il s'agit des partenaires privilégiés des petits Etats associés étroitement à l'espace européen (Vatican, Saint-Marin, Monaco). Ceci sans compter avec les autres accords liant dorénavant l'Union aux Etats participant aux deux zones monétaires d'Afrique utilisant le « franc » dans une relation de taux de change fixe avec la monnaie européenne.

A ce jour, le Conseil (des ministres) n'a pas adopté des orientations générales sur la base de l'article 111 par. 2. Il est admis que l'Eurosystème a une responsabilité exclusive dans le domaine des interventions, c'est-à-dire des achats et des ventes de monnaies étrangères à des fins de soutien des cours soit de monnaies tierces, soit de l'euro.

Sans doute le conseil des gouverneurs n'est-il pas appelé à exercer un rôle direct dans ce domaine des relations externes. Il n'est pas un organe de négociation. Le traité prévoit un rôle particulier pour le président de la BCE. Ce secteur devrait à l'avenir faire l'objet de dispositions nouvelles.

3. Contribution à la stabilité financière

Le paradoxe reste dans l'Union européenne, du maintien du fractionnement des marchés financiers nationaux. La suppression des obstacles aux échanges et la réalisation de l'Union monétaire n'ont pas assuré la réalisation de l'intégration financière.

Le traité impose au SEBC de contribuer à la stabilité financière et notamment au contrôle prudentiel des établissements de crédit. L'action de la BCE dans ce domaine va au-delà de sa compétence d'avis visée par une autre disposition et qui est aussi applicable en ce secteur. L'action de la BCE pourrait comporter des missions directes de contrôle moyennant une décision spéciale du conseil (article 105 par. 6). A ce jour aucune décision n'a été prise pour appliquer cette disposition.

Le traité a donc laissé la porte ouverte à une évolution progressive au gré de l'intégration des marchés financiers. Les discussions sont en cours ; depuis le traité de Maastricht, les nombreux travaux dans ce domaine n'ont pas encore abouti. Le sujet a été étudié par le professeur Louis dans le cadre d'un groupe auquel l'auteur de cette contribution a eu le plaisir de participer [9].

Les recommandations de ce groupe paraissent encore pertinentes pour les discussions en cours. Le problème fondamental est lié à l'organisation du grand marché mais il est stimulé depuis l'introduction de la monnaie unique. Le traité

consacre la relation économique inévitable entre d'une part la stabilité des prix (premier objectif de la Banque centrale) et d'autre part la stabilité financière. L'un soutient l'autre et vice-versa.

La matière fait place à la diversité institutionnelle. Aucune raison n'impose de concentrer tout pouvoir de réglementation et d'action auprès d'une seule autorité dans la Communauté. Ce n'est pas à exclure cependant. L'essentiel est d'organiser les fonctions dans le respect de l'ordre communautaire. Il s'agit d'un impératif lié au grand marché et pas seulement à l'Union monétaire. La libéralisation des services financiers, l'un des secteurs les plus régulés de la vie économique, appelle un effort législatif considérable dans la Communauté.

L'accent à présent est mis sur l'harmonisation de la législation, impératif de fonctionnement élémentaire du marché des services financiers en cours de constitution. Ensuite, le volet administratif d'exercice du contrôle prudentiel afin d'assurer une mise en œuvre commune de ces dispositions nouvelles est à considérer. Il obéit jusqu'à présent à un système de coopération entre autorités nationales. Ce système est appelé à être transformé soit en un système de coordination, soit en un système d'intégration. Dans les deux cas, un certain rôle est à réserver à la BCE et à son conseil. Dans la mesure où le premier objectif est de réaliser une réglementation commune à l'intérieur de la Communauté et une négociation commune à l'extérieur (ainsi auprès de la Banque des règlements internationaux (BRI) dans le cadre des accords dits de Bâle), il laisse à tout le moins des compétences consultatives au conseil des gouverneurs. Celui-ci peut aussi, moyennant décision du Conseil (des ministres), institution communautaire, exercer une compétence normative dans ce domaine.

Ces derniers temps, des travaux institutionnels sont repris sur ce thème, notamment dans le cadre du comité économique et financier, sur la base d'un mandat du Conseil des ministres. Il est prévu une structure à plusieurs niveaux partiellement influencée par la mise en œuvre dans le domaine voisin des valeurs mobilières, sur la base des propositions du groupe « Lamfalussy ».

Dans le domaine de la stabilité financière, il est prévu de constituer un nouveau Forum regroupant, avec la Commission européenne et la BCE, les ministères des Finances, les banques centrales et superviseurs.

Est aussi à l'ordre du jour le regroupement des autorités agissant respectivement dans les secteurs bancaires, des valeurs mobilières et des assurances. Une évolution au niveau des Etats se dessine en ce sens. Quant à la question de savoir s'il faut regrouper les fonctions de contrôle auprès de la Banque centrale ou les concentrer auprès d'autorités distinctes de celle-ci, elle devrait à terme recevoir une réponse commune. Un modèle majoritaire tend apparemment à se développer en Europe qui vise à maintenir, même dans un système bicéphale, un pouvoir d'action et d'influence de la Banque centrale à l'égard des autorités de contrôle dans le domaine financier. La fonction de banque centrale de prêteur en dernier ressort, justifie son implication pour la coordination des mesures préventives et, au besoin, correctrices en cas de crise.

Au niveau du conseil des gouverneurs, un problème est peut-être l'organisation d'un processus de décision et d'arrangements spécialisés pour ce type de fonction. Jusqu'à présent le conseil a institué un comité spécial, le Banking Supervision

Committee (BSC), qui lui fait rapport mais bénéficie d'un certain degré d'indépendance pour les missions ne relevant pas directement des compétences exclusives du SEBC.

Sans doute, une nouvelle modification du traité sur ce point est-elle souhaitable.

E. Conclusion

Le conseil des gouverneurs de la BCE est un organe de décision aux pouvoirs étendus dans l'espace communautaire. Ce conseil exerce un pouvoir éclairé. Il est l'instance suprême de l'Eurosystème. Il assure l'action de la BCE en sa double qualité respectivement de banque (recevant des dépôts et octroyant des crédits) et d'autre part d'autorité publique (émetteur de règles obligatoires).

Le public le connaît surtout pour ses décisions de politique monétaire. Est-ce à dire que le conseil paraît surarmé, qu'il bénéficie d'un dispositif institutionnel formidable, mais excessif ? Certes, l'essentiel de l'action de l'Eurosystème porte sur ses opérations de politique monétaire exercées dans le marché à l'intervention des banques. Néanmoins, le traité a voulu un organe fort au sein d'une institution forte. On constate que le conseil est prudent dans l'exercice de ses pouvoirs. Il affiche une certaine retenue de son action dans l'ordre juridique. Les opérateurs économiques, comme les institutions communautaires, ne témoignent pas d'un activisme particulier ; il n'y a guère de recours juridictionnel introduit contre des actes de la BCE.

Ce n'est pas dire que pour les activités du conseil, les économistes aient provoqué l'effacement des juristes.

Le conseil est un organe original en droit communautaire. Il construit peu à peu sa propre histoire et mérite de ce fait, de recueillir l'attention non seulement des économistes mais aussi des juristes.

Si les banques centrales sont au service de la stabilité monétaire – pour certaines d'entre elles depuis plus de trois siècles – cette stabilité appelle des règles, des moyens d'autorité, en même temps que des moyens financiers. Elle implique une autorité morale, une sagesse qui elle-même suppose le culte de la connaissance.

Ce texte est un hommage. Il est l'expression de la reconnaissance de celui qui eut le privilège de servir sous l'autorité du professeur Louis au sein d'une banque centrale. Si les gouverneurs agissent en conseil, il faut aussi qu'ils aient eux-mêmes de bons conseils, ce qui incontestablement est l'œuvre du professeur Louis depuis tant d'années.

Notes

[1] *Vers un système européen de banques centrales. Projet de dispositions organiques. Rapport du groupe présidé par Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989.

[2] Ils étaient onze depuis l'origine de la BCE ; le gouverneur de la Banque de Grèce les a rejoints au 1er janvier 2002, quand l'euro a été introduit en Grèce.

[3] Néanmoins, une affaire oppose la Commission, soutenue par le Parlement, le Conseil et un Etat membre à la banque centrale européenne. Il s'agit de l'application à la BCE de règlements européens, organisant les pouvoirs d'enquêtes de l'OLAF, l'Organisme de lutte anti-fraude créé par un règlement de la Commission européenne en 1998. L'arrêt n'était pas disponible lors de la rédaction de cette contribution.

[4] Néanmoins, pour les réunions officielles, l'usage des deux grandes langues communautaires (l'anglais et le français) est autorisé ainsi que celui de l'allemand et de l'italien.

[5] Compendium : Recueil d'instruments juridiques, banque BCE, juin 1998-décembre 2001 disponible auprès de la BCE ou sur le site Internet de la BCE : www.ecb.int

[6] Les vues de la BCE à cet égard sont bien exprimées dans un article publié dans *Bulletin BCE* d'avril 2002.

[7] Le traité de Nice ajoute un nouveau paragraphe 6 à l'article 10 ; ce paragraphe est ainsi libellé : « l'article 10.2 peut être modifié par le Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement, statuant à l'unanimité, soit sur recommandation de la BCE et après consultation du Parlement européen et de la Commission, soit sur recommandation de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la BCE. Le Conseil recommande l'adoption de ces modifications par les Etats membres. Ces modifications entrent en vigueur après avoir été ratifiées par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Une recommandation faite par la BCE en vertu du présent paragraphe requiert une décision unanime du conseil des gouverneurs ».

[8] Où il a été admis qu'une *LandeszentralBank* ait parfois juridiction sur une pluralité de *Bundesländer*.

[9] Le rapport a été publié sous le titre *Banking Supervision in the European Community : institutional aspects, report of a working group of the ECU Institute under the chairmanship of Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995.

The Directive 2002/47/EC on Financial Collateral Arrangements of June 6, 2002

Diego Devos [1]

A. Introduction

The importance of collateral transactions for the smooth and efficient functioning of domestic and international financial markets is pretty obvious nowadays. According to the preparatory report prepared by the EU Commission on June 15, 2000 [2]:

— as of the beginning of 1999, the total value of government securities on loan or rep in the majority of the EU countries was estimated at $900 billion. The size of the market in the US was approximately twice as large;
— an ISDA [3] collateral survey concerning the size and complexity of the market for collateralized OTC derivatives estimated that the value of the collateral held in the OTC derivatives market as of the end of 1999 amounted to approximately $250 billion;
— at the beginning of 2000, the European Central Bank held collateral of around €550 billion of which nearly €160 billion was held on a cross-border basis.

Collateral under the form of pledge or transfer of title arrangements are used by financial institutions, "corporates" (major commercial companies active on the financial markets), central banks and other financial public entities for trading, investment and financing purposes, as a way to manage properly their credit risk on counterparts and the market risks on the various assets subject to such collateral transactions, especially if the use of collateral [4] can lead to regulatory ("Basle ratios") and tax/accounting favorable treatment (neutralization of any capital gain or accrued income deriving from a transfer of assets in favor of the collateral taker that has to transfer back the assets once reimbursed at the end of the transaction).

It is therefore paramount to use collateral techniques that benefit from robust legal protection, in order to allow the collateral taker to recover in case of default

(in particular in insolvency situations) the amount of its exposures on the defaulted counterpart. Such legal soundness is generally required by banking regulators for capital adequacy purposes [5], but is also of course strictly necessary from a risks management and audit viewpoints, and carefully monitored by rating agencies as part of their credit assessment of the relevant institution acting as collateral taker.

Collateral instruments must therefore be valid and binding between parties, enforceable (or good) against third parties and the assets so provided must be easily and rapidly realized (by way of sale or appropriation or by way of set-off in the case of claims) notwithstanding any insolvency proceedings affecting the collateral provider.

This legal robustness should not only be ensured at *domestic level* (assuming that both collateral taker and collateral provider would be situated in the same country, dealing domestically without any cross-border aspects) *but also at cross-border level* for transactions between institutions from different countries entering into a collateral transaction under an agreement governed by the law of another jurisdiction related to assets "located" [6] or held with an intermediary (CSD, ICSD, global custodian, local agent/custodian) operating in a fourth country. In such a case, the collateral taker will have to take into account the regime of at least *three different laws* to assess the legal soundness of his transaction :

— *the law governing the collateral agreement* ("*lex contractus*"), generally the law explicitly selected by the parties, according to the Rome Convention and to basic principles of conflict of laws of most countries, as regards the validity and the binding character of the agreement between parties, which will govern the contractual aspects of their collateral arrangements (type of collateral, contractual duties to create the security interest, or to make the transfer of assets for security purposes, valuation, margins requirements, close-out provisions in case of default, etc.) ;
— *the law governing the proprietary aspects of such collateral transaction* (being, in case of a security interest in the form of a pledge, the formalities to create a "right *in rem*" of the type agreed by the parties, giving a preferential right over unsecured creditors on the proceeds of the pledged assets, and in the case of a transfer of title, the way to transfer the ownership of the assets as agreed by the parties), *including the formalities required, if any, to perfect* [7] *the collateral* in order to make it enforceable against third parties. Such law will be determined, generally pursuant to the "*lex rei sitae*" (or "*lex situs*" in the Anglo-Saxon terminology), by reference to the local law of the jurisdiction where the assets pledged or transferred are "located" (see below). This law will also govern the *realization of the assets* that are the subject matter of the collateral.
— *the law governing the possible insolvency* – whether under the form of a reorganization (aiming at restoring the financial soundness of the debtor) or of a bankruptcy proceedings (aiming at liquidating the assets of the debtor) – *of the collateral provider* that will generally be determined by reference to the law of the country where the head/main office of the insolvent debtor is situated but local insolvency proceedings may also be opened in other countries where the insolvent collateral provider may have branches or assets [8]. Such insolvency law(s) may affect the collateral, e.g., either by invalidating the collateral arrangement as

constituting a preference (or a fraudulent conveyance) if made during a certain period before the bankruptcy order, or by freezing any foreclosure or realization of the assets during a certain period after insolvency that will be subject to prior authorization of the receiver ("stay"), or by subordinating the preferential claim of the collateral taker to other special classes of preferred creditors (employees, tax or social authorities, etc.) downgrading as a result the expected ranking of the collateral taker [9].

With regard to these cross-border aspects of collateral transactions, we have tried to analyze in previous studies [10] the European legal context already in place for achieving legal certainty for collateral (especially in case of insolvency of the collateral provider) which consists in particular of the Directive 98/26/EC of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems [11] (in particular Article 9; hereafter "SFD") as well as of Directive 2001/24/EC of 4 April 2001 on the reorganization and winding-up of credit institutions [12] (in particular Articles 21, 23-27; hereafter "WUD"), the Directive 2001/17/EC of 19 March 2001 on the reorganization and winding-up of insurance undertakings [13] and the Council Regulation (EC) 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings [14] (in particular Articles 5, 6 and 9), (about this legal framework, see also the fourth recital of the Collateral Directive). We will therefore refer back the reader to such studies commenting on the relevant provisions of the above-mentioned Acts and on their reciprocal consistency (see also below).

With respect to the *substantive* rules governing collateral transactions once being determined by application of the conflict of laws rules, it is worth mentioning that since the beginning of the nineties, most OECD countries started a general review of their domestic financial laws, generally under the pressure of G10 or EU bodies [15] or of their national market players, in order to improve their collateral regime on the different aspects mentioned above. This trend was enhanced with the establishment of the European Central Bank in 1998 (in fact already since 1995-1996 with the former European Monetary Institute) which wanted to ensure that an adequate legal framework was in place in the EU for the development of ESCB monetary policy transactions as of January 1999.

But in spite of such continuous improvements at domestic level, the collateral regime of several EU countries remains still either unfavorable to the extent that domestic laws would leave open some risks of recharacterization of a repurchase transaction or transfer of title into an irregular unenforceable pledge or would still establish undue constraints on the establishment, the use, the perfection of a pledge (filing, registration, etc), or on its realization (stay, judicial authorization). Netting of claims by way of novation or set-off may also in some countries be void upon insolvency. In addition, negative impacts of suspect period rules (in insolvency situations) may still endanger the validity of collateral transactions made in a pre-insolvency period.

This situation has lead the EU Commission to create in Autumn 1999 a working Party ("Forum Group on Collateral") that contributed substantially to the definition of the industry's needs in terms of legal certainty for collateral transactions and proposed

a draft directive, in particular under the impulsion of Guy Morton and Richard Potok, both well known in this area [16].

Finally, after consultation process, the EU Commission presented on March 27, 2001 [17] a proposal for an EU Directive on financial collateral arrangements.

This proposal of Directive was intensively discussed under Swedish and more especially Belgian EU Council's presidencies, that succeeded in reaching a Common position at the Brussels Ecofin of December 13, 2001 (only nine months after the initial proposal which is indeed a remarkable fast birth giving not so frequent in EU legislative matters). After a quick and constructive co-decision process with the EU Parliament during the first half of 2002, the Directive was adopted in final form on June 6, 2002 [18].

B. Subject of this Paper

The present contribution aims at commenting on the provisions of the EU Directive 2002/47/EC on Financial Collateral Arrangements (hereafter "the Directive") [19] to understand their rationale, already pretty well described in the detailed recitals of the Directive that looks sometimes like a kind of "User Guide" [20] as some provisions of the Directive [21]. Needless to specify that for the purposes of this contribution [22], the goal should be to provide a first commentary of the Directive rather than to review it in detail at the light of a comparative law survey [23].

We will review the scope of the Directive (C), the removal of collateral formalities (D), the pledge's provisions (E), the transfer of title's provisions (F), the provisions common to both collateral instruments (G), the applicable law (H) to finally conclude on the foreseeable achievements of the Directive (I).

C. The Scope of the Directive

The scope of the Directive was probably amongst the most sensitive topics during the consultation process and discussions at the EU legislative-making level.

Indeed, if almost all Members States representatives were of the opinion that the Directive was necessary to remove remaining legal risks from substantive laws within the EU for the benefit of financial markets and transactions, there were diverging views with respect to the assets to be covered and more importantly about the type of counterpart qualifying as protected collateral taker and collateral provider under the Directive.

1. Relevant Types of Collateral Instruments

Pursuant to Article 1.1, the Directive applies to "financial collateral arrangements" (hereafter "Collateral") that take the form of either a "security financial collateral arrangement" or a "title transfer financial collateral arrangement" as defined in Article 2.1.

This covers basically any type of *contractual* [24] *security interest* (especially a *pledge*), where the collateral provider remains the owner of the pledged assets transferred as security to the collateral taker, and *transfer of title for security purposes* (including in particular repurchase transactions), where assets are transferred (against others) in full ownership but with the duty to retrocede equivalent assets at the

maturity of the transaction [25]. Additional constitution of collateral by way of *margins calls* ("top-up collateral" aiming at marking-to-market the value of the assets to cover both parties against any market risk deriving from changes in the market value of the assets) is also protected (see in particular Article 8.3).

2. Relevant Assets

The Directive applies to Collateral relating to cash or financial instruments (Article 1.4, a).

By cash, the Directive is referring to cash credited to an account (Article 2.1, d) which means that as usual in most countries, the subject of a pledge of cash will be the claim in reimbursement against the institution holding the cash account, since the cash itself will become the property of the intermediary as a result of the fungibility of cash deposits unless otherwise organized by the law governing the cash account. Banknotes as such are explicitly excluded according to Recital 18.

By financial instruments (hereafter "securities"), one means :

> "Shares in companies and other securities equivalent to shares in companies and bonds and other forms of debt instruments if these are negotiable on the capital market, and any other securities which are normally dealt in and which give the right to acquire any such shares, bonds or other securities by subscription, purchase or exchange or which give rise to a cash settlement (excluding instruments of payment), including units in collective investment undertakings, money market instruments and claims relating to or rights in or in respect of any of the foregoing" (Article 2.1, e).

This is intending to cover all debt and equities instruments (including warrants, options and futures) plus the securities entitlement organized in some jurisdictions (like in Belgium, Luxembourg and the USA) giving to the holder of a securities account, not a direct and traceable property rights on the underlying securities held abroad via sub-custodians, but co-ownership (because of the fungibility of the securities deposited) rights (not just a mere claim) on a notional pool (not an actual pool since the co-ownership right does not apply directly on each of the underlying securities held on a fungible pooled basis but on the book-entry interests in securities as recorded in the books of the intermediary) of securities. In such systems, what is transferred or pledged is not the underlying securities but the co-ownership rights of the collateral provider on the pool of book-entry fungible securities held with, and enforceable against, the intermediary holding the securities account. This is the sense of the term "right in or in respect of any of the foregoing" [26].

Claims against the intermediary holding the securities account in question in relation to (actual or future) delivery of securities to be recorded on the account are also covered by the definition and may be subject to collateral arrangements under the Directive.

3. Type of Protected Counterparts

This was one of the most discussed topics since several countries, probably under the pressure of their ministry of Justice, did not want to extend the benefit of the protective regime of the Directive (derogatory to a major extent to usual collateral and insolvency regimes laid down in civil, commercial and insolvency legislation) to

non-financial institutions (a fortiori not to natural persons) while others were more favorable to the inclusion of commercial companies active on financial markets, at least those having a certain size in terms of capital/own assets which could not be regarded necessarily as unequal when dealing with financial counterparts.

This last conception was proposed by the Commission in its initial proposal that included "person (...) whose capital base exceeds EUR 100 million or whose gross assets exceed EUR 1000 million at the time where financial collateral is actually delivered (...)" (Article 2.4, c). But the common determination of the financial base – and the thresholds – in relation to a specific collateral transaction was too complicated in view of the above divergence of approaches.

In order to reach an agreement on the Directive, a compromise was finally found on the following scope of the Directive (Article 1.2., a to e) including :

— all financial institutions (credit institutions, insurance undertakings, UCITS, investment firms, other financial institutions) under the meaning of applicable directives ;
— public bodies (Treasury agencies, financial institutions of public nature, etc.), central banks, the ECB (plus the BIS, IMF, EIB, etc.) ;
— central counterpart in clearing systems (Clearnet, LCH, etc.) and settlement agent or clearing house under the meaning of the Settlement Finality Directive (operators and transfer/paying agents in securities settlement systems designated by each Member State) and assimilated representatives (see Article 1.2, d) ;
— and finally "a person other than a natural person, including unincorporated firms and partnerships, provided that the other party is an institution as defined [above]".

Commercial undertakings are therefore included as possible counterparts in financial collateral arrangements without requiring any minimal financial conditions. However, Article 1.3. reserves the faculty for a Member State to exclude from the scope of the Directive financial collateral arrangements where one of the parties is such a non-financial person, at the request of those countries that were opposed to such inclusion (on the consequences of such "opting-out", see below in conclusions).

Subject to the above possible exclusion, the Directive will apply if both collateral provider and collateral taker(s) belong to the above categories (Article 1.2).

D. Removal of Collateral Formalities

One of the goal of the Directive is to simplify drastically the various formalities prescribed by some national legislations, especially in pledging arrangements, for the creation or the validity of a pledge between parties (written agreement, delivery of the assets, certification by way of notarial/public registration), its perfection or enforceability against third parties (delivery of the pledged assets, notification, publicity by way of registration of the pledge agreement in a public register ("filing" as the one foreseen for example by Section 395 of UK Companies Act 1985) that can be required in the country where the assets are located and/or in the country of the incorporation of the collateral provider, etc) or even its admissibility as evidence (notarial document, stamp, deed).

To that end, Article 3 states that "Member States shall not require that the creation, validity, perfection, enforceability or admissibility in evidence of a financial collateral arrangement or the provision of financial collateral under a financial collateral arrangement be dependent on the performance of any formal act". Recital 10 gives a non-exhaustive list of such formal acts [27].

This removal of external formalities relating to pledging and transfer of title arrangements does not mean however that financial Collateral can be established by mere oral agreement between collateral provider and collateral taker without any externalization of their will to create such Collateral. There are indeed two types of mitigating factors that are foreseen by the Directive.

a) There is still a practical need to deliver the assets subject to a pledge or a transfer of title to the collateral taker, either in its account or in an account held on behalf of both parties by a third party (who can be the operator of a settlement system or any other custodian) or even to keep the assets in the account of the collateral provider but as being pledged in favour of a collateral taker with adequate measures to block such assets to be taken by the intermediary holding the account. Otherwise the collateral taker would be in a situation where in case of default of a collateral provider, he might discover that his collateral has lost its object – and therefore its goal – because of a previous transfer of the assets to another party (assuming the good faith of the latter which should be usually the case, especially in the absence of any publicity measures) if no blocking was put in place;

   This is why the Directive is only applicable to Collateral "once it has been provided" (Article 3.2; see also Article 1.5) which means once "delivered, transferred, held, registered or otherwise designated so as to be in the possession or under the control of the collateral taker or of a person acting on the collateral taker's behalf" (Article 2.2; see also recital 9). A typical example will be the usual practice of identification of the assets as being pledged through the use of designated pledged securities and cash accounts (in the name of the collateral taker or even in the name of the collateral provider as long as the assets posted in such pledged account can be blocked up to the amount of the guaranteed claim or exposure of the collateral taker) held with an intermediary (a bank, a settlement system).

   A certain form of dispossession is therefore still required under the Directive (see also Recital 10) which should give some comfort to those jurisdictions that were either reluctant to remove completely collateral formalities and/or willing to preserve this traditional feature of pledging arrangement linked to their right in rem's nature implying as a rule dispossession (as in French or Belgian law).

b) The second mitigating factor is the requirement of a written evidence for both the Collateral agreement (the Directive refers to "arrangement", without defining what it means, which seems broader that just the pledge or transfer of title agreement but in practice one may wonder what it is additionnally intending to cover) and the provision (see a) above) of such collateral (Articles 1.5 and 3.2 [28]).

The Directive specifies that such evidence of the provision of collateral "must allow for the identification of the financial collateral to which it applies. For this purpose, it is sufficient to prove that the book entry securities [which are evidenced by

entries in a register or account maintained by or on behalf of an intermediary : Article 2.1, f] collateral has been credited to, or forms a credit in, the relevant account [as defined under 2.1, h ; see below] and that the cash collateral has been credited to, or forms a credit in, a designated account" (Article 1.5, second paragraph).

The Directive adopts a modern approach by allowing to take into consideration book-entries evidenced "by electronic means and any durable medium" (Article 2.3) and more generally any evidence " legally equivalent" to written evidence (Article 3.2) which seems to refer to other admissible evidence (see in that sense Recital 11 : "in any other legally enforceable manner" foreseen by the *lex contractus*) under some national legislations as in commercial matters, where a Court may discretionary appreciate (admitting all evidence means like tape recordings, etc.) whether an obligation is established or not, including by way of testimony and assumptions.

E. Security Financial Collateral Arrangement (Pledging)

Two provisions are specifically addressing pledging arrangement : Article 5, establishing a right of use of the pledged assets by the collateral taker and Article 4 on the enforcement of such pledging arrangements.

1. Right of Use (Article 5)

Such right of use (or re-use) in favour of the collateral taker (sometimes also known as "rehypothecation", especially in the US practice) seems rather revolutionary for jurisdictions influenced by the French "Code Napoleon" to the extent that under these laws, a pledgee can not as a rule dispose in any manner of the pledged assets transferred to him (especially by using them in the course of another transaction with a third party) since this is not regarded as an admissible right for a collateral taker [29] who should instead take care of the assets still belonging to the debtor (acting as pledgor) who has consequently the right to recover them back upon payment of the secured claim of the pledgee. In case of infringement of such prohibition, the pledgee may even loose his rights as secured creditor on the re-used assets ("*déchéance pour abus de jouisssance*" ; see Article 2082 of Civil Code).

However, the practice on the international financial markets show that such right of use is very common among many market players (especially with US counterparts) who consider this latitude as a pre-requisite to mobilize efficiently their collateral portfolio instead of freezing it in the framework of "classical" pledges, in cases where for any reason [30], transfer of title (implying by nature a transfer of full ownership with the associated right of re-use for the transferee) may not be available. The downside is of course that by allowing the use of the pledged assets by the collateral taker for the purposes of other transactions with third parties (outright sales, repo, margins, pledges, loans, etc.), the initial collateral provider is exposed to a credit risk on its creditor since it would have no guarantee that once fully reimbursed, the collateral taker will be able to transfer back equivalent assets to those initially pledged and re-used in the meantime.

In order to give to European financial institutions the same flexibility than the one already enjoyed today by some market players, it was finally agreed to introduce

such right of use for collateral taker in pledging arrangements under the following conditions :

— the terms of the collateral arrangement must of course provide for such right (Article 5.1) ;
— the collateral taker must incur an obligation (which can then be set-off ; see the following bullet point) to transfer equivalent collateral assets [31] (to those he used) at the latest on the due date for the performance of the secured obligations (Article 5.2) ;
— on that date, either the initial pledged assets will be replaced by equivalent assets, *or* the value of such assets in replacement due by the collateral taker (that were finally not be provided) will be set-off against the amount of the secured claim owed to it by the collateral provider, in order to give to the latter a certain protection against pledgee's default ;
— the equivalent collateral shall not give rise to a new pledge (that may be challenged as preference or by virtue of any suspect period rules) but instead will continue to be governed by the initial security financial collateral arrangement as having been provided at the same time as the initial collateral (Article 5.3) ;
— such right of use can no longer be sanctioned by a "*déchéance*" or any termination of the pledge or of the rights of the pledgee (Article 5.4) ;
— close-out netting in case of default should be allowed in order to give effect, if necessary, to the set-off laid down in Article 5.2, second paragraph (see third indent point above).

2. Enforcement of Pledge Arrangements (Article 4, paragraphs 1-4)

Contrary to the heading of the provision, the first four paragraphs of Article 4 [32] aim at addressing enforcement only of *security* financial collateral arrangement (pledging) by imposing on Members States to ensure that in case of default of the collateral provider (defined by the concept of "enforcement event" [33]), the collateral taker shall be able to realize the assets pledged (in accordance with the terms of the collateral agreement) through one of the following methods : for securities, by way of sale or appropriation [34] of the assets ; for cash (and securities if any), by way of setting off the amount of cash (or the value of the securities) against the amount of the secured obligations due to the collateral taker (Article 4.2).

As we can see, appropriation of the assets is foreseen in addition to the classical way to enforce rights of a pledgee through the sale of the assets. This is also quite revolutionary (as the right of use) for some jurisdictions (again generally those inspired by French civil law [35]) where traditionally, appropriation of the pledged assets by the pledgee is not allowed (it is even a public policy prohibition : see Article 2078 of Civil Code ; Articles 4 and 10 of Belgian law relating to commercial pledge) since it is viewed as eluding the formal requirement to seek the prior authorization of the competent Court before realizing the assets – which is the normal rule – or, as an exception, by appropriating them [36] but again upon prior judicial authorization. Such formal requirement to obtain prior judicial authorization before any enforcement has been however gradually removed in the collateral laws of most countries over the past ten years so that appropriation as such (already foreseen for transfer of title

arrangements as a natural result of the transfer of the full ownership to the collateral taker/transferee) should not be regarded any more as conflicting with the key features of pledging arrangements, especially in the financial area.

It is again open to Member States – that do not allow appropriation on June 27, 2002 – to refuse to implement in their legislation such appropriation mechanism in pledge arrangements and accordingly – which is more debatable in our view – not to recognize it, if we understand correctly Article 4.3 of the Directive, when laid down in pledging arrangements governed by another law which would organise such technique (Article 4.3). This is another "opting-out" provision introduced for compromise's sake.

All enforcement techniques (sale, appropriation and set-off) of pledging arrangements must take place in accordance with the terms of the pledge agreement, without being subject to any other external requirement (that would be laid down in national law) such as to give prior notice, to seek prior judicial authorization (see above), to organize a public auction, or to observe a certain time period (Article 4.4), before realizing the pledged assets in order to be paid out of the proceeds (or as a result of the appropriation or of the set-off). As mentioned above, this simplification of the enforcement proceedings was already introduced in many European and US laws in the past few years and the objective is now to impose such simplified realization proceedings within the EU, beyond the scope (most often narrowly interpreted by national authorities, which is incorrect in our view) of the Settlement Finality Directive focusing on designated systems and their participants. With the Collateral Directive, the aim is now to encompass all collateral transactions between financial institutions (and even with commercial companies, subject to EU Member States' opting-out) whether or not made through a system (or, in the above incorrect narrow interpretation, in favor of the operator of the system).

F. Protection of Transfer of Title Arrangements (Article 6)

Article 6.1 states very simply that "Member States shall ensure that a title transfer financial collateral arrangement can take effect in accordance with its terms" which means that the validity of a transfer of title for security purposes can no longer be put in question through its re-characterisation by a Court into a pledge (see Recital 13).

It is worth to remind that in the eighties the validity of repurchase transaction (that is a spot sale of securities against cash coupled with the reversed forward sale transaction where the initial buyer re-sells in turn equivalent securities to the initial seller ; hereafter "repo") was challenged in the US [37] because of the economic purposes of such transaction that may be regarded as a credit in cash secured by way of securities transferred as collateral (one could also see it as a loan of securities secured by cash) while from a legal point of view it is a sale implying a full transfer of ownership of the securities to the buyer (even if it is a transfer of ownership for security purposes). This economical approach is generally the one adopted from a tax and accounting viewpoints which tend to analyze the transaction as a secured credit, the securities remaining accounted as belonging to the seller which is also the beneficial owner of the income attributed during the lifecycle of the repo, unless otherwise agreed. Such analysis was then used to challenge the legal qualification of (double) sale to try to

re-characterise the repo into a pledge (in view of its economic purpose) generally void or non-enforceable because of non-fulfilment of the formalities required for the creation or the perfection of such pledge (see above) [38]. The same debate took place almost everywhere in Europe and generated a wave of legislative reforms in order to remove such legal risk of recharacterization (that might happen under the insolvency law of the defaulting party or under the laws of the country where the transferred assets are located as *lex situs*) and to organize specifically the rights of the non-defaulting party in case of failure of the other party (right to sell the assets or to purchase equivalent securities, depending on the position of the non-defaulting party ; right to keep definitely the assets as a result of the transfer of ownership ; close-out netting of the reciprocal obligations by set-off) [39]. Outside "true" repo, there are other types of transfer of ownership for security purposes (called "transfer of title") that face the same kind of legal risks and for which it was necessary to achieve legal certainty.

Article 6.2 is dealing with the hypothesis of a default of a counterpart ("enforcement event") triggering the application of a close-out netting (which is a setting-off of all [40] the reciprocal obligations to deliver cash and securities, including assets provided as margins, to mitigate the exposure of the non-defaulting party vis-à-vis the party in default, which is organized to take place automatically (in case of bankruptcy) or upon notice). We wonder what in fact may be the specific purpose of such Article 6.2 in view of Article 7 dealing more extensively with close-out netting provisions in all collateral arrangements [41].

G. Common Provisions Applicable to Both Pledge and Transfer of Title : Close-out Netting and Insolvency (Article 4, paragraphs 5 and 6 ; Articles 7 and 8)

Article 7 aims at ensuring that close-out netting provisions, stipulated in pledge (especially for pledge on cash and for the right of use, see above) *and transfer of title* (where it is the standard way to enforce the rights of the non-defaulting party ; see Article 10, c of the 2000 BMA/ISMA Global Master Repurchase Agreement) *arrangements, may apply and will remain valid and enforceable* notwithstanding the opening of insolvency proceedings (reorganization or bankruptcy) against one of the parties (Article 7.1, a) or the occurrence of any competition between creditors imposing, in certain jurisdictions, an equality of treatment (*pari passu* ranking) (Article 7.1, b).

Such close-out netting provisions must apply in accordance with their terms without being subject to external requirements like a prior notice or the need to obtain prior approval from Courts (Article 7.2 referring to the formalities excluded by Article 4.4 in the context of pledge), unless otherwise agreed.

In the same vein, *Article 4.5. stipulates the same regime for financial collateral arrangements as a whole* (both pledge and transfer of title) which must take effect in accordance with their terms notwithstanding the opening of insolvency proceedings (reorganization or bankruptcy) against one of the parties. Article 4.6 also states that enforcement of rights (including close-out netting) of the collateral taker as organized under Articles 4, 5, 6 and 7 "shall be without prejudice to any requirements under national law to the effect that the realization or valuation of financial collateral and the

calculation of the relevant financial obligations *must be conducted in a commercially reasonable manner*" in order to allow for an ex post control by the Court on the manner by which the collateral taker enforced its rights (see Recital 17) and to hold him liable for any abuse in the exercise of such rights (case of a massive sale of the relevant assets on a market which would generate a significant decrease of their market value while it would have been possible – without major damage for the creditor – to proceed to such realization in a progressive manner [42]).

Article 8 is dealing with the neutralization of certain insolvency rules (mainly if not only in a bankruptcy situation since the rules in question are generally not foreseen in reorganization proceedings) to provide collateral arrangements (again both pledge and transfer of title) with more legal certainty and predictability.

First of all, Article 8.1, a is aiming at protecting both collateral agreement and subsequent provision of assets (creating the pledge or achieving the transfer of ownership in transfer of title) against the rules of some insolvency regimes pursuant to which an insolvency decision is deemed to have retroactive legal effects from the first hour of the day of its pronouncement (the so-called "*zero hour*" rule).

"Zero hour" rules result in the insolvent party being deemed to have lost its legal capacity from the first moment of the day on which the insolvency decision was handed down. Therefore, the transactions and payments that it carried out between the first hour of the day of insolvency and the moment when the decision declaring its insolvency was handed down, are void or voidable, and at least not enforceable against the receiver. Similary, in the UK for instance, certain transactions ("property dispositions") may be avoided if they have been made between the introduction of a winding-up petition and the day when the final winding-up resolution is taken by the general assembly of creditors or shareholders as ratified by the Court [43]. In the financial area, most countries where such zero hour or assimilated regime still applies have enacted special legislation to exclude at least its application with respect to financial transactions (see also Article 7 of the Settlement Finality Directive) but some uncertainties were still remaining in certain jurisdictions.

It is now laid down in Article 8.1, a that such zero-hour rule can no longer invalidate the collateral agreement or provision entered into or made on the day of the insolvency but in the hours preceding the moment when the insolvency decision has been handed down. The same protection is extended by Article 8.2 [44] to collateral agreement or provision entered into or made still on the day of the insolvency of one party but after the moment of the insolvency decision provided that the collateral taker can prove that he was not aware, nor should have been aware, of the commencement of such proceedings or measures. A same protective rule for parties acting in good faith was adopted in Article 3.1 second alinea [45] of the Settlement Finality Directive for payment orders and their settlement in payment and settlement systems.

The second important rule, also rather revolutionary (that has some precedent in the SFD, Article 3.2 [46]), is aiming at excluding the application of preferences rules or, in French law-oriented jurisdictions, the "suspect period" rules in order to avoid that collateral agreements or subsequent provisions of collateral may be declared invalid or unenforceable just because they would have been entered into or made in a certain period of time (six months, two years, etc.) preceding the insolvency order

(Article 8.1, b). This type of protection is a major derogation to the normal insolvency regime of all Member States where, in order to protect the general creditors against any "last minute" attempt to defraud them, certain acts of the debtor are deemed to be fraudulent or detrimental to the general creditors and therefore are (automatically) void or voidable. Those types of preference rules (applicable by reference to certain acts if carried out during a certain period) will no longer apply to collateral arrangements or provisions (see Article 8.1 "collateral may not be declared invalid (...) *on the sole basis* that"). But this does not remove fraudulent conveyances rules or other types of suspect period rules based on fraud ("*Fraus pauliana*") that will continue to apply (see Article 8.4) provided that evidence of fraud is demonstrated. The broad wording of such provision may well appear as contradicting the rules laid down in the previous paragraphs of Article 8 but in order to give some sense to this Article, paragraph 4 should be read as reserving only suspect period rules that do not apply automatically and for which evidence of fraudulent intention is required ; see in that sense recital 16).

The same protective regime against zero-hour and preference rules is made applicable to the provision of *additional collateral (margins)* in order to adapt constantly the contractual value of the collateralized assets to their current market value (marking-to-the-market) which takes place by providing – or delivering back to the collateral provider, if the market value would be higher than the agreed value- additional cash and/or securities ("top-up collateral") (Article 8.3, a). The same also applies (Article 8.3, b) to *substitutions* of the initial assets by new ones (that can completely differ, in nature, from the previous assets transferred as collateral) of substantially the same value (see the regime of margins and substitutions in Articles 4 and 8 of the 2000 GMRA for instance).

Article 8.3, ii is protecting specifically margins transfers and substitutions against the risk of being qualified as a new pledge (transfer of title generally does not give rise to the same issue unless it is first re-characterized into a pledge precisely) created during the suspect period to cover pre-existing claims which is generally void under certain insolvency legislations. This protection is still subject to fraud exception according to the interpretation we give to paragraph 4 of this Article 8.

H. Conflict of Laws (Article 9)

The aim of Article 9 of the Directive is to determine the law applicable to collateral provided in the form of book-entry securities recorded in securities accounts for the purposes of the *lex rei sitae* (or *lex situs* [47]) rule (see above section A on the distinctions to take into account in terms of applicable law to collateral transactions).

This issue of applicable law is particularly crucial and complex, especially when securities are held on account with a financial institution in one country and then held through a chain of intermediaries, with a custodian in another country which itself then holds such securities with the central securities depositary system where the underlying securities have been directly issued and are primarily held [48]. In that context, one has also to take into account the type of entitlement which is granted on the basis of the intermediary's books to reflect such indirect holding of securities through sub-custodians and CSDs. Usually, in cross-border holdings, the securities

accounts of the investor with its intermediary recording a deposit of foreign securities will represent not the underlying securities themselves [49] but a securities entitlement consisting in interests in the underlying securities [50] (or rights in such securities) which may be protected by law as giving to the investor a co-ownership right in the book-entry pool of fungible securities of the same kind than those recorded in the investor's account (see above C, 2 and footnote 26).

Should the law of the country where the underlying securities are issued, or at least where the underlying certificates are ultimately held, be applied, or should one apply instead the law of the country where the interest in the book-entry securities is recorded on an account with an intermediary ? Article 9.2 of the Settlement Finality Directive already opted for this second solution in 1998, which was recommended since several years by several international financial market associations [51]. This is also the approach chosen in Article 24 of the Directive of April 4, 2001 on the reorganization and the winding-up of credit institutions [52].

This is now the rule set by the Collateral Directive (Article 9) for *book-entry securities collateral* (see definition under Article 2.1., g) by reference to the law of the country [53] in which the *relevant account is maintained***.**

The relevant account is defined under Article 2.1, h as "the register or account – which may be maintained by the collateral taker – in which the entries are made by which that book entry securities collateral is provided to the collateral taker", meaning the account where the assets (securities or rights in the securities) are recorded as being pledged or transferred (on the meaning of "provision of collateral" under the Directive, see above) which is not so far from what Article 9.2 of the Settlement Finality Directive already stated or implied.

This rule (often named – Richard Potok and Randy Guynn having both a certain copyright in this acronym – "PRIMA" for "Place of the Relevant InterMediary Approach") is also proposed at the international level by the Hague Conference on Private International Law [54] in its new Convention on the law applicable to certain rights in respect of securities held with an intermediary [55] which has been adopted on December 13, 2002 and is now open to formal signature and ratification by contracting States.

Since Article 9 of the Collateral Directive was aiming at mirroring the latest draft Convention (available at the time of the works at the EU Council) of the Hague Conference, and since it appeared rapidly that the Collateral Directive was likely to be adopted before the finalization of the works on the Hague Convention, it was then decided by the EU Council[56] "(...) to establish the place of the relevant intermediary (PRIMA) principle in the Directive, without going into further details at this stage" with the intention "that, when the Conference has been finalized, Article 9 may have to be reviewed in the light of the outcome of the Convention".

In view of the recent finalisation of the Hague Convention, we understand that the EU Commission together with Member States are currently considering possible amendements of the SFD, the WUD and, of course, the Collateral Directive. We will therefore not comment Article 9 of the Collateral Directive which would lead us beyond the scope of this study.

Just to remind that it will be PRIMA (according to the Hague Convention, it will now be the law of the country agreed by the parties as governing the custody relationship or the proprietary aspects of the securities amount which will govern [57] the proprietary aspects of the pledge or transfer of title in terms of creation of right in rem/security interest and of its enforceability against third parties (perfection and realization of the assets) (see above, in introduction). This is the sense of Article 9.2 (another "9.2" provision on this topic…) of the Collateral Directive that shall be reviewed at the light of the new Hague Convention.

I. Conclusions

The Collateral Directive is an important step forward in the realization of a single harmonized European financial market since it will contribute, once implemented by Member states (by December 27, 2003) to improve substantially the legal framework of collateral transactions within the EU as a continuation of the notable progress already made in this field with the Settlement Finality Directive, the Directives on the reorganization and winding-up of credit institutions and of insurance undertakings, and the Insolvency Regulation [58]. The Collateral Directive should improve in particular the substantive regime [59] of pledge and repurchase transactions (including for marking-to-market arrangements : margin calls, substitutions) and remove any outstanding legal risk (recharacterization of transfer of title into an irregular unenforceable pledge) or any undue constraints on the establishment or the perfection of a pledge (filing, registration, etc), or on its realization (stay, judicial authorization), which are still existing in some EU jurisdictions. In addition, the Collateral Directive is introducing some flexibility especially for the benefit of pledging arrangements by allowing the collateral taker to use the pledged assets (while protecting at the same time the collateral provider against credit risk on the pledgee) and to appropriate such assets in case of default, features that were so far generally regarded as specific to transfer of title arrangements. By doing so, the Directive is erasing the differences between pledge and transfer of title and the reasons for opting for one technique instead of the other. One could wonder whether in the long run these two instruments in the financial area would not merge with each other.

This being said, the Collateral Directive may suffer from the (unavoidable) political compromise that helped to its fast adoption in terms of the various opting-out that allow some Member States not to implement in their national regime (or even not to recognize which is in our view unacceptable and probably contrary to the essence of an EU Directive, especially this one) the inclusion of non-financial companies or the appropriation regime in pledging arrangements. Such dual regimes will certainly penalize the market players of the jurisdictions which would not implement such rules but will also maintain a certain degree of complexity and legal uncertainty in the EU Collateral framework which is not desirable nor expected as a result of this Directive (see also the definition of the preferences rules which have to be disregarded for collateral arrangements and those which will continue to apply…).

The EU Commission will probably have to play its role by helping Member States to co-ordinate closely in the implementation process to make sure things will evolve in the right direction [60]. Consistency with the implementation of the other EU

instruments (SFD, WUD, and Insolvency Regulation) will also have to be taken into account.

Finally some provisions will have to be revisited very soon like Article 9 on the conflict of laws rules to ensure consistency with the newly adopted Convention on the law applicable to certain rights in respect of securities held with an intermediary elaborated under the aegis of the Hague Conference on private international law that has a broader scope with respect to the States parties to the Convention but also in terms of matters governed by the Convention (not only collateral but also the holding of securities and outright transfers).

Notes

[1] The opinions expressed in this paper are strictly personal.

[2] "Working document on Collateral from the Commission to relevant bodies for consultation", C4/PN D (2000).

[3] International Swaps and Derivatives Association, Inc.

[4] We will use the term "Collateral" to cover the type of transaction (pledge, repo, transfer of title, margins, etc.) rather than the assets subject to the security arrangement, unless otherwise required by the commented provision.

[5] See the EU Directive 96/10/EC of March 21, 1996 amending Directive 89/647/EEC as regards recognition of contractual netting by the competent authorities, *OJEC*, n° L 85, 3 April 1996, p. 17) in particular the revised Annex II, Article 3, b, ii and iii.

[6] The underlying securities related to the book-entry collateral transaction may also be held/located in other countries (where they have been initially issued and deposited) via sub-custodians (home CSD, local depositaries) which is common practice in cross-border securities business.

[7] Perfection is broadly equivalent to the French concept "*opposabilité aux tiers*".

[8] See R. Obank, "Outlining Insolvency Practice in Europe", *Journal of International Banking and Financial Law*, 1999, p. 437 ; Insolvency Restructuring 2002 (Law Business Research), "International cases" sections ; Ph. Wood, *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell (1995), n° 5-17 ; see also n° 13-1, p. 237 and f.

[9] On this distinction, see J. Benjamin, *The Law of Global Custody*, Butterworths 1996, chapters 6 and 7, p. 49 and f. ; see also R. Potok, *Cross-Border Collateral : Legal Risks and the Conflict of Laws*, Butterworths, 2002. All the various national reports in this last book are based on the same collateral fact pattern (covering both a pledge and transfer of title arrangement).

[10] D. Devos, "La directive européenne 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres", *Euredia*, 1999, p. 149 and f. ; « Collateral transactions in Payment and Securities Settlement Systems : the EU framework », *Revue de droit bancaire et financier*, 2002, p. 10-27 ; « The European Directive of 19 May 1998 on Settlement Finality in Payment and Securities Settlement Systems », in G. Ferrarini, K.J. Hopt, E. Wymeersch (ed.), *Capital Markets in the Age of the Euro*, Kluwer Law International, 2002, p. 361-388.

[11] *OJEC*, n° L 166, 11 June 1998, p. 45.

[12] *OJEC*, n° L 125, 5 May 2001, p. 15 ; on the WUD, see in particular J.-P. Deguée, "La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : une solution aux défaillances bancaires internationales ?" to be published in the *Law Review Euredia*, 2002.

[13] *OJEC*, n° L 110, 20 April 2001, p. 28.

[14] *OJEC*, n° L 160, 30 June 2000, p. 1. This Regulation entered into force on May 31, 2002.

[15] The so-called Lamfalussy Report : Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries (BIS, November 1990) ; Report from the Committee on Payment and Settlement Systems "Cross-border Securities Settlements" (BIS, 1995) ; Standards on the use of securities settlement systems for the purposes of ESCB monetary policy transactions (EMI, 1998), etc. On this influence of international standards set by regulatory bodies, see M. Giovanoli, "A new architecture for the global financial market : legal aspects of international financial standard setting", *International Monetary Law, Issues for the new millennium* (edited by M. Giovanoli as chairman of the MOCOMILA), p. 3 and f.

[16] See the various position papers produced by members of the Forum Group attached to the Working Document on Collateral (containing a first draft Directive prepared by the Commission on the basis of the draft made by the Forum group) circulated to Members States and to market participants in the course of a consultation organized on June 15, 2000. See also attached to this consultation the converging report prepared by a special working group (with market lawyers) established by the ECB.

[17] *OJEC*, n° C 180 E, 26 June 2001, p. 312 with an explanatory memorandum. This memorandum contained however several statements concerning the interpretation of the 1998 Settlement Finality Directive (second and third paragraphs of section 1.2) to which we can not subscribe since it contradicted this last Directive itself by giving a narrow scope of application that was however not favored by the services of the Commission themselves (on this discussion, see our study on "Collateral Transactions", *Revue de droit bancaire et financier*, 2002, p. 26, footnote 73).

[18] *OJEC*, n° L 168, 27 June 2002, p. 43.

[19] See also S. Economou, « La proposition de directive européenne sur les contrats de garantie financière », *Bull. Joly Bourse*, 2002, chron., 1 ; C. Chance, *Securities Newsletter*, May/June 2002 ; D. Turing, "The EU Collateral Directive", *Journal of International Banking and Financial Law*, 2002, p. 187.

[20] See for example Recital 14.

[21] See Article 2.1, n on the definition of "close-out netting provision" that is inspired by Section 10 of the 1995 GMRA ("Global Master Repurchase Agreement") on repo transaction elaborated by ISMA (compare with the same provision in the 2000 version of the same GMRA) ; on the PSA/ISMA GMRA, see G. Morton, in K. Tyson-Quah (ed.), *Cross-Border Securities (Repo, Lending and Collateralisation)*, FT Law & Tax, 1997, p. 31.

[22] The author would like to pay a particular tribute to Professor Jean-Victor Louis with whom he worked previously, under his supervision, during almost ten years at National Bank of Belgium's Legal Department.

[23] See however already the remarkable study of J.-P. Deguée, already quoted above, in *Euredia,* 2002 that contains elements of comparative law on collateral-related matters.

[24] Excluding therefore security interest only created by operation of law like *statutory liens* that are however also used in some jurisdictions as collateral technique by financial institutions and operators of payment and settlement systems.

[25] On this type of collateral, see our study on "Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement-titres en Belgique", *Revue de la Banque*, 12, 2000, p. 318 and 319 ; see our study on « Les effets externes des conventions en matière financière », *in Les contrats et les tiers*, Ed. ABJE, Jeune Barreau de Bruxelles, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1995, p. 213, n° 18.

[26] One will find the same expression, aiming at encompassing explicitly the same type of securities entitlements, in Article 9.2 of the SFD ("rights in securities"), in Article 24 of the WUD ("other rights in such instruments") and in the new Hague Convention on the law applicable to certain rights in respect of securities held with an intermediary (Article 1.1 "any interest therein", "rights (...) resulting from a credit of securities to a securities account ; "interest in securities" in Article 2.1, d, e, f). On this expression, see J. Benjamin, *Interests in securities*, Oxford University Press, 2000, n° 1.05, 2.21 and f. ; J. Benjamin, "Conflicts of Law and Interests in Securities", in K. Tyson-Quah (ed.), *op. cit.,* n° 2.3 and f., p. 16 ; in the context of Belgian Royal Decree n° 62 of 1967 relating to book-entry circulation of securities, governing the rights of participants in the Euroclear system, see L. De Ghenghi and B. Servaes, "Collateral held in the Euroclear System : a legal overview", *Journal of International Banking and Financial Law*, March 1999, p. 85-87 ; B. Servaes, "Het immobiliseren van effecten : Het Belgisch juridisch kader" in *Nieuw vennootschap-en financieel recht 1999*, Jan Ronse Instituut-KU Leuven, p. 513. See also below our commentary of Article 9.

[27] This recital 10 specifies that acts that are required for the transfer or the creation of a security interest on physical securities not held in book-entry form, like endorsement for security purposes of instruments to order (bills of exchange, etc.) or registration of a pledge on registered securities directly in the issuer' books, should not be regarded as such formal acts.

[28] One will find several times in these two provisions the requirement that arrangements and provision of the collateral must be evidenced in writing, duplication that appears more as a "credo" inserted to ease adoption process but this does not really seem justified from a legislative point of view…

[29] We should however point out that it is agreed, even in French law jurisdictions, that with the consent of the pledgor, a pledgee may of course validly use the pledged assets, H. De Page, *Traité de droit civil*, VI, n° 1088-B *in fine*; compare with the situation under English Law: J. Benjamin, *Interests in Securities*, Oxford University Press, n° 5.46 and f., also promoting the reform of English Law's equitable rules traditionally restricting rehypothecation of collateral.

[30] Reasons may be linked e.g. to tax, accounting, capital adequacy, risks management, legal risks considerations; see D. Turing, *op. cit*., p. 188.

[31] The term "collateral" here is used to refer to the assets and not to the legal form of the arrangement.

[32] The two last paragraphs are common to both pledge and transfer of title arrangements and will be addressed in the following section of this paper, for clarity sake.

[33] "Enforcement event" means an event of default or any similar event as agreed between the parties on the occurrence of which, under the terms of a financial collateral arrangement or by operation of law (as it is organized, for example, in German law for transfer of title), the collateral taker is entitled to realize or appropriate financial collateral or a close-out netting provision comes into effect" (Article 2.1, l).

[34] Appropriation is only possible if contractually foreseen including with respect to the valuation of the assets (Article 4.2).

[35] See F. Leduc, "Le gage translatif de propriété: mythe ou réalité", *RTDciv*., 1995, p. 307, where the author concludes that pledge under French law can not lead to a transfer of ownership on the pledged assets in favor of the pledgee.

[36] On this issue, see our above-mentioned study on Belgian regime protecting payment and settlement systems, *Revue de la banque*, 2000, p. 318 and 319, with the references quoted in the footnotes.

[37] See M. Stigum, *The repo and reverse market*, Dow-Jones-Irwin, 1989, especially chapter 19 (drafted by L. Stremba), p. 333; on French law, see A. Luvel-Jurgensen et F. Guéranger, "Le réméré, la pension et le prêt de titres", *Banque*, 1992, p. 144 and 246; P. de Lapasse, "Le nouveau régime juridique des opérations de pension", *Bulletin de la Banque de France*, 7, July 1994, p. 67; A. Perrot, "Pension de titres et transfert de propriété", *Revue de droit bancaire*, 1994, p. 252.

[38] On this issue, see J. Benjamin, "Recharacterisation risk and conflict of laws", *Journal of International Banking and Financial Law*, 1997, p. 513 and its updated version in the Oxford Colloquium on Collateral and Conflict of Laws (same review, special supplement, 1998, p. 29); Fentiman, "Cross-border securities collateral; Redefining recharacterisation risk", Oxford Colloquium, 1998, p. 38.

[39] On this issue, see our above-mentioned study, *Revue de la banque*, 2000, p. 318-319.

[40] By encompassing all the reciprocal exposures and claims, such close-out netting provisions aim at reducing the total credit risk on the failed counterpart to the minimal net amount, avoiding cherry-picking from the liquidator of the insolvent counterpart, which is the selection of the favorable contracts from a general creditors viewpoint – which are maintained and for which performance is sought – and the repudiation of the others, unfavorable to the insolvent party and its creditors, for which the counterpart in such last contracts would only have then an unsecured claim to lodge in the insolvency. By setting-off in case of insolvency all the contracts (that are interrelated in practice, like swaps and/or repos and/or loans) without distinction, one avoids such unbalanced treatment. On Netting, see P.R Wood, *English and*

International Set-off, Sweet & Maxwell (1989) ; same author, "Principles of Netting : A Comparative Law Study", *NIBE-Bank Juridische reeks*, 20, 1994 ; see also our study "Le netting en droit belge", *Revue de la banque*, 1994, p. 162.

[41] In addition, in a repo at least, not only the "collateral taker" but also the "collateral provider" may fail to transfer the due assets and both failures should trigger a close-out mechanism but this is probably what was intending to mean Article 6.2 by referring only to the collateral taker since both parties have in fact the capacity of collateral taker, each for the assets transferred to him.

[42] For an example, see Article 8 Belgian Act of January 2, 1991 on public debt instruments, organizing a simplified realization proceedings for pledge of dematerialized securities with the comments made in the Explanatory Memorandum of this provision as amended in 1996, Doc. Chambre, Session 1995-1996, 501/1, p. 7 et 8.

[43] See M. Evans, "Recent and prospective developments in settlement, part 2", *Journal of International Banking and Financial Law*, 1999, p. 425 about the zero-hour rules in the UK (before the implementation of the SFD) and its impact on collateral provided in systems like Crest ; on the impact of the new Insolvency Act 2000 concerning small companies on this UK insolvency regime, see M. French and H. Staniland, "The Insolvency Act 2000", *Journal of International Banking and Financial Law*, 2001, p. 174.

[44] The French translation of 8.2 (in fact, the translation of the whole Directive : see also e.g. recitals 8 and 9, Articles 2.2 and 9.2) could be improved ("... à la date… mais après l'ouverture...").

[45] See also in that sense Article 157.1 of Belgian Banking Law of March 22, 1993 on zero-hour rule and close-out netting.

[46] "No law, regulation or practice on the setting aside of contracts and transactions concluded before the moment of the opening of insolvency proceedings, (…), shall lead to the unwinding of a netting".

[47] See also Ch. Keller, "Die EG-Richtlinie 98/26 vom 19.5.1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs-sowie Wertpapierliefer-und-abrechnungssytemen und ihre Umsetzung in Deutschland", in *Zeitschrift für Wirtschafts-und Bankrecht*, 2000, 26, p. 1269 and following, proposing the concept of "*lex conto sitae*" (even though we do not share the restrictive view suggested by the author for the application of Article 9.2 of the SFD, see p. 1274).

[48] This is the daily management of securities held with *international* central securities depositaries systems such as Euroclear or Clearstream for example. Global custodians and certain custodians are also acting through the same holding pattern. One may also think of the case of links between *national* central securities depositories ; see R. Guynn and N. Marchand, "Transfer of pledge of securities held through depositories", in *The law of cross-border securities transactions*, Sweet & Maxwell, 1999, p. 47 ; R. Potok, "Legal certainty for securities held as collateral", *International Financial Law Review*, December 1999, p. 12 ; see also "The Oxford Colloquium on Collateral and Conflict of laws" held at St John's College (Oxford Univ.), *Journal of International Banking and Financial Law*, September 1998 (Butterworths).

[49] Such underlying securities may consist either in "physical" certificates safe kept in the vaults of a CSD or of a local custodian and circulating by way of book-entry transfers in the local CSD ; or in registered securities, the title of which is noted in the issuer's books, circulating in the books of the local CSD through the intermediation of nominees (of the local CSD or of the intermediaries, in order to make the registered securities fungible for book-entry transfer purposes) which appear as the legal owners of such registered securities in the issuers' books, holding the securities in trust on behalf of beneficial owners which are the relevant

intermediary's clients or the intermediary itself, or in truly dematerialized securities solely represented by book-entry records on accounts held with the local CSD, etc.

[50] See R. Goode, "Security Entitlements as Collateral and the Conflict of Laws", Oxford Colloquium 1998, Special supplement of *Journal of International Banking and Financial Law*, p. 22, especially p. 25 and 26 ; see also J. Benjamin, *Interests in Securities*, n° 1.05 and 2.21 and f. (see also n° 14.02-14.27).

[51] See in particular the booklet entitled *Modernising Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws* of Randall D. Guynn, published in 1996 by the Capital Markets Forum (Section on Business Law of the International Bar Association).

[52] "The enforcement of proprietary rights in instruments, or other rights in such instruments, the existence or transfer of which presupposes their recording in a register, an account or a centralised deposit system held or located in a Member State, shall be governed by the law of the Member State where the register, account or centralised deposit system *in which those rights are recorded*, is held or located".

[53] Excluding however any rules of renvoi that may be applicable under the national law so determined (Article 9.1, last sentence), in order to avoid referring to another law that would apply a different solution which would undermine the legal certainty and predictability wished on this issue.

[54] See the preparatory report prepared by Ch. Bernasconi as First Secretary at the Hague Conference's Permanent Bureau, available on the website of the Hague Conference (www.hcch.net) ; see R. Potok, "The Hague Conference…", *Journal of International Banking and Financial Law*, 2001, p.166.

[55] See the above mentioned website of the Hague Conference.

[56] Statement of the Council's reasons, Doc 5530/3/02 of March 5, 2002, p. 12 and 13.

[57] But not the contractual aspects of the collateral arrangement or its validity between parties that are governed by the lex contractus.

[58] See our study "Collateral transactions in Payment and Securities Settlement Systems : the EU framework", in *Droit bancaire et financier*, 2002, p. 10-27 ; J.-P. Deguée, "La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit", *Euredia*, 2002, p. 241.

[59] While the previous EU legal instruments mentioned were more focusing on conflict of laws aspects except the SFD that contains also substantive protection rules (for payment orders, settlement and for collateral) in the scope of designated systems.

[60] See Article 10 of the Directive relating to the establishment by the Commission of a report on its application by December 27, 2006 at the latest.

La politique de taux de change de l'euro vis-à-vis des monnaies de pays tiers

Manuel López Escudero

Comme le professeur Louis l'a souligné de façon magistrale dans les nombreux travaux qu'il a consacrés à l'Union économique et monétaire [1] (ci-après, l'« UEM »), la politique de change de l'euro, tout comme les éléments constitutifs de la dimension extérieure de l'UEM, sont régis par le traité CE d'une manière laconique, et manifestement insuffisante. L'article 4 CE fait état, en effet, de «(...) la définition et la conduite d'une politique (...) de change uniques (...)», développée à l'article 111, disposition fondamentale en cette matière, qui aborde les questions essentielles soulevées par la projection externe de l'UEM. Il s'agit, concrètement, de la politique de change de l'euro vis-à-vis des monnaies de pays tiers et de la participation de la CE à des organisations et des forums monétaires internationaux. Quant aux articles 6, 23 et 30 des statuts du SEBC, ils régissent les pouvoirs de la Banque centrale européenne dans le domaine des relations extérieures de l'UEM. Outre qu'elles sont peu nombreuses, ces dispositions – en particulier, l'article 111 CE – ne sont pas claires, et leur interprétation est difficile. Il s'ensuit que l'articulation juridique de la dimension extérieure de l'UEM, d'une manière générale, et celle de la politique de change de l'euro, en particulier, sont déficientes et soulèvent de nombreux problèmes juridiques qui demandent une solution, si l'on veut favoriser l'insertion de l'euro dans le système monétaire international.

L'articulation juridique précaire de la politique de change de l'euro est en contradiction avec l'importance acquise par celui-ci dans le système monétaire international actuel, dont il est la deuxième monnaie plus importante. Cette circonstance confère une signification particulière aux décisions des institutions communautaires en matière de taux change de l'euro.

Notre contribution en hommage au professeur Louis se centrera sur l'analyse de la politique de change de la zone euro, que nous situerons dans le contexte plus

large du droit international économique. Après avoir développé quelques idées à titre d'introduction, nous examinerons les deux instruments d'application de cette politique, selon l'article 111, à savoir les accords monétaires ou de change avec des pays tiers et les actions de la BCE sur les marchés de capitaux [2].

A. Introduction

Le taux de change est le prix auquel une monnaie est échangée contre les devises d'autres Etats. C'est une variable économique fondamentale puisqu'elle est le trait d'union entre l'économie nationale et l'économie internationale, entre les transactions internes et les échanges internationaux [3]. L'intérêt suscité par cette variable économique est considérable et le taux de change a également une certaine valeur symbolique, dans la mesure où le prix d'une monnaie révèle la santé économique de l'Etat qui l'émet. Le contrôle de cette variable est essentiel pour la stabilité macro-économique d'un Etat.

Cependant, la globalisation financière actuelle a engendré un marché de change universel, où la fixation des taux de change des monnaies est soumise à des tensions permanentes [4]. La zone euro est une zone économique relativement fermée et l'incidence des fluctuations monétaires y est moindre que dans les économies nationales de ses Etats membres, lorsque ceux-ci avaient leur monnaie respective. Il n'en demeure pas moins que le taux de change de l'euro est une variable économique très significative, dont les institutions communautaires ne sauraient se désintéresser, même si l'objectif prioritaire de l'UEM est la stabilité des prix. En fait, la dévaluation accusée de l'euro face au dollar et à d'autres monnaies internationales importantes avait fortement préoccupé le G7, qui décida, en septembre 2000, d'intervenir sur les marchés pour le renforcer et éviter les effets négatifs pour l'économie mondiale d'une baisse continue des taux de change de la monnaie unique européenne.

Les procédures de fixation des taux de change, ou régimes de change, oscillent entre les deux extrêmes suivants : le système des parités fixes et le système de flottement pur [5].

Dans un système de parités fixes, le taux de change des monnaies est fixé par référence à un dénominateur commun (l'or, par exemple), et il ne peut y avoir ni appréciations ni dépréciations des monnaies. Dans le système de flottement pur, le taux de change est fixé par le jeu de l'offre et de la demande sur le marché monétaire, qui entraîne une appréciation des monnaies des pays dont l'économie est forte et saine et une dépréciation des monnaies des pays à économie faible.

La réglementation des régimes de change fait partie du code de bonne conduite monétaire institué par la convention constitutive du Fonds monétaire international (ci-après, le « FMI »), par lequel les Etats ont accepté que leurs pouvoirs en matière de politique de change soient limités par des règles juridiques et ont accordé au FMI des compétences pour contrôler le respect de ces règles. Ainsi, l'article I des statuts du FMI établit notamment comme objectif prioritaire du FMI celui de promouvoir la stabilité des changes, en faisant en sorte que les pays membres maintiennent des régimes de change ordonnés et évitent les dépréciations concurrentielles des changes. Cet objectif est resté identique, tandis que les moyens confiés au FMI pour le mettre en œuvre ont sensiblement changé. Jusqu'en 1971 en effet, il existait un régime de

taux de change fixes basé sur la parité or, et à partir de 1971, on est passé à un système de liberté, où les Etats peuvent choisir le régime de change de leur monnaie. Cette situation de fait a été légalisée par la deuxième modification des statuts du FMI, qui a été adoptée en 1976 et est entrée en vigueur le 1er avril 1978.

Le nouvel article IV des statuts du FMI est la disposition essentielle en matière de taux de change [6], qui est applicable à la politique de change de la zone euro. Plutôt que d'instaurer un régime de flottement monétaire, cette disposition laisse aux Etats la liberté de choisir le régime de change de leur monnaie [7], sous réserve de respecter certaines obligations matérielles et de procédure. La liberté de choix est consacrée à l'article IV, section 2, point a), aux termes duquel « Chaque Etat membre notifie au Fonds dans les trente jours qui suivent la date du deuxième amendement aux présents statuts le régime de change qu'il entend appliquer pour remplir ses obligations au titre de la section 1 du présent article et notifie sans délai au Fonds toute modification de son régime de change ». Le point b) mentionne plusieurs régimes de change susceptibles d'être choisis par les Etats [8] ; cette typologie que le FMI a établie sur la base de données figurant dans les rapports annuels sur les accords et les restrictions de change (*Annual Report on Exchange Arrangement and Exchange Restriction*) s'est diversifiée.

En ce qui concerne l'euro, la Banque centrale européenne (ci-après, « BCE ») et le Conseil ont clairement choisi, ainsi que nous le verrons, le régime de taux flottants pur, ce qui signifie que le taux de change de l'euro est lié aux fondements économiques de la zone euro, et non pas à des actions concrètes des autorités monétaires. Etant donné que l'euro est devenu la deuxième monnaie internationale, derrière le dollar EU et assez bien devant le yen japonais, grâce au poids économique de la zone euro dans l'économie mondiale et grâce à la place que la monnaie unique a héritée des monnaies nationales qu'elle a remplacées [9], la politique de change des autorités monétaires de la zone euro a une grande importance dans le système monétaire international actuel. Cette politique, en même temps que celles des Etats-Unis et, dans une moindre mesure, du Japon, vont déterminer les politiques de change de tous les pays [10].

B. Les accords internationaux en matière monétaire

Les dispositions applicables à la conclusion d'accords internationaux ayant trait au régime monétaire ou de change entre la CE et des pays tiers figurent à l'article 111, par. 1 et 3. Ces règles sont à la fois matérielles, puisqu'elles reconnaissent à la CE la compétence de conclure des accords internationaux de type monétaire avec des pays tiers, et procédurales, dès lors qu'elles établissent une procédure particulière pour la conclusion de ces accords.

1. L'étendue et la nature de la compétence communautaire

L'article 111, par. 1, octroie à la CE la compétence de « conclure des accords formels [11] portant sur un système de taux de change pour l'euro, vis-à-vis des monnaies non communautaires » et d'« adopter, modifier ou abandonner les cours centraux de l'euro dans le système des taux de change ». En vertu de cette disposition, la CE dispose de la compétence exclusive de conclure des accords multilatéraux établissant un système de taux de change pour l'euro, tel que le système de parités

fixes décidé à Bretton Woods, que l'article IV des statuts du Fonds monétaire international permet de réimplanter. La situation actuelle du système monétaire international ne laisse pas prévoir le retour à un système multilatéral général de taux de change fixes, et ne semble pas non plus conforter l'idée de créer un système de taux de change entre les trois monnaies principales (dollar, euro et yen). Quoi qu'il en soit, si l'une de ces éventualités devait se concrétiser, la compétence exclusive de conclure ce type d'accords internationaux incomberait à la CE. Nous pensons donc que les accords formels visés à l'article 111, par. 1, établissent des systèmes destinés à avoir des répercussions directes sur l'évolution de la valeur externe de l'euro (taux de change) par l'intervention des autorités communautaires sur les marchés de change des devises.

L'article 111, par. 1, aurait dû dès lors être appliqué au système de taux de change de l'euro et du franc CFP des territoires français d'outre-mer (TOM). Cependant, le protocole nº 13 a empêché son application, en réservant à la France des compétences résiduelles en matière monétaire. Le même raisonnement est extrapolable au système de taux de change des francs CFA, du franc comorien et de l'escudo du Cap-Vert vis-à-vis de l'euro [12].

Les TOM (Nouvelle-Calédonie et ses dépendances, Polynésie française, Terres australes et antarctiques françaises, îles Wallis-et-Futuna) ne faisant pas partie de la CE, le droit communautaire qui y est applicable est le régime d'association défini aux articles 182 à 188 CE. La France conserve des compétences monétaires extérieures à l'égard de ces territoires, en application du protocole nº 13 annexé au traité de Maastricht. Depuis 1967, la France émettait des billets et des monnaies ayant cours légal dans les TOM, dans une unité monétaire qui est le franc de la communauté financière du Pacifique (franc CFP), la banque centrale française (Banque de France) ayant délégué ses compétences d'émission à l'Institut d'émission d'Outre-Mer (IEOM), et le Trésor français s'étant engagé à maintenir la parité d'un franc CFP = 0,055 franc français. Avec l'entrée en vigueur de la troisième phase de l'UEM, et l'application de l'article 111, par. 1, un accord formel relatif à un système de taux de change entre l'euro et le franc CFP aurait dû être conclu entre la CE et les TOM (représentés par la France, en tant qu'Etat responsable de leurs relations extérieures). Les TOM seraient dans la position de pays tiers, pour la conclusion d'accords internationaux avec la CE. Le protocole nº 13, règle de droit originaire, a toutefois écarté l'application de l'article 111, qui est une règle spéciale, et a maintenu les compétences monétaires extérieures de la France à l'égard des TOM. La France conserve donc la compétence de déterminer la parité d'une monnaie étrangère, le franc CFP, vis-à-vis de l'euro.

L'article 111, par. 1, n'a pas non plus été appliqué aux systèmes de taux de change des francs CFA, du franc comorien et de l'escudo cap-verdien vis-à-vis de l'euro. Dans les années soixante-dix, la France a conclu plusieurs accords monétaires avec des Etats africains, qui instituaient un système de taux de change de certaines monnaies africaines vis-à-vis du franc français. Concrètement, la France a conclu des accords avec l'Union économique et monétaire de l'Afrique occidentale [13], avec la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale [14] et avec les Comores, afin de garantir la convertibilité des francs CFA et du franc comorien avec le franc

français. Ces accords prévoient l'établissement d'un taux de change fixe entre les monnaies de ces trois zones monétaires et le franc français (depuis 1994, un franc CFA = 0,01 FRF et un franc comorien = 0,013 FRF), le Trésor français assumant l'obligation de maintenir ces parités. Il s'agit incontestablement d'un régime de politique monétaire [15].

Etant donné que ces accords monétaires de la zone franc CFA ont été conclus après l'entrée en vigueur du traité CE, l'article 307 CE ne leur était pas applicable. D'autre part, comme aucun protocole annexé au traité de Maastricht ne prévoyait de maintenir la compétence monétaire de la France, le remplacement du franc français par l'euro allait entraîner la disparition de la zone franc CFA, la compétence exclusive de conclure des accords monétaires avec des pays tiers passant à la CE. Cependant, face à la volonté de la France et des pays africains de conserver les mécanismes de la zone franc CFA, la CE a adopté la décision 98/683/CE [16], qui autorise la France à maintenir ses accords monétaires avec les pays de la zone franc CFA. Le Trésor français est tenu, en vertu de cette décision, d'assurer la mise en œuvre des accords, sans qu'il en résulte aucune obligation pour le SEBC (ni pour la BCE, ni pour la Banque de France), et d'informer régulièrement la Commission, la BCE et le Comité économique et financier. La France est chargée d'autre part de négocier les modifications qui n'affectent pas la nature des accords actuels, et en informe au préalable la Commission, la BCE et le Comité économique et financier, cependant que les autres modifications, qui tendent à modifier la nature des accords, doivent être approuvées par le Conseil.

Si cette autorisation accordée à la France de maintenir les accords monétaires de la zone franc CFA est peu compatible avec l'article 111, elle est compréhensible du point de vue politique, étant donné la volonté ferme de la France et des Etats de la zone franc CFA de maintenir leurs accords monétaires, étant donné leurs faibles répercussions sur l'UEM, et dès lors que la France assume toutes les obligations monétaires. Il s'agit, en outre, d'un cas particulier qui « ne fera pas jurisprudence » [17], hormis le cas des relations monétaires du Portugal avec le Cap-Vert, qui a été résolu de manière similaire par la décision 98/774/CE [18].

L'article 111, par. 3, reconnaît la compétence de la CE « au cas où des accords sur des questions se rapportant au régime monétaire ou de change doivent faire l'objet de négociations entre la Communauté et un ou plusieurs Etats ou organisations internationales » [19]. Cette disposition générale confère à la CE le pouvoir de conclure des accords internationaux en matière monétaire, à l'exception des accords de change de type formel, qui sont conclus conformément à la règle spéciale de l'article 111, par. 1. La délimitation du champ d'application de ces dispositions revêt une importance cruciale, dès lors que la procédure de conclusion des accords diffère. Or cette délimitation n'est pas aisée.

Nous pensons, quant à nous, que les *accords sur des questions se rapportant au régime monétaire ou de change* [20] comprennent, contrairement aux accords de change formels, les accords monétaires qui n'établissent pas de mécanisme de change fondé sur l'existence d'une grille de parités entre les monnaies à maintenir au besoin par des interventions des autorités monétaires sur les marchés de capitaux [21]. Il faut ranger parmi ces accords ceux que la CE conclut avec des pays tiers et/ou des organisations

internationales sur les statistiques monétaires ou sur la participation de la zone euro à des organisations internationales, dont il n'existe encore aucun exemple. L'article 111, par. 3, s'applique également aux accords conclus par la CE avec des pays tiers pour étendre au territoire de ceux-ci l'utilisation de l'euro comme monnaie ayant cours légal, soit exclusivement, soit parallèlement à leur monnaie nationale. C'est le cas des accords conclus par la France et par l'Italie respectivement, au nom de la CE, avec Monaco, Saint-Marin et la Cité du Vatican [21*bis*].

Ces trois micro-Etats ne disposant pas de monnaie propre, le franc français et la lire italienne avaient cours légal sur le territoire de Monaco, d'une part, et de Saint-Marin et du Vatican, d'autre part, en vertu d'anciens régimes conventionnels applicables entre les deux Etats membres concernés et ces micro-Etats qui ne font pas partie de l'Union européenne. Le remplacement du franc français et de la lire italienne par l'euro impliquait une modification de ces accords internationaux, afin que l'euro devienne la monnaie ayant cours légal dans les micro-Etats. Cette solution, qui était souhaitée par ces Etats comme par la CE, est consacrée au dernier paragraphe de la déclaration nº 6 accompagnant le traité de Maastricht.

Dans le cas de l'île de Saint-Pierre-et-Miquelon et de l'île de Mayotte, l'article 111, par. 3, n'a pas été appliqué. Ces deux îles sont des entités territoriales françaises (« collectivités territoriales ») qui font partie de l'Etat français, mais qui ont le statut de territoires d'outre-mer et ne font dès lors pas partie du territoire de la CE. Le franc français avait cours légal dans ces îles et son remplacement par l'euro a été oublié lors de la rédaction du traité de Maastricht. La décision 1999/95/CE du Conseil [22] a résolu cette question, en introduisant l'euro comme monnaie légale à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte à compter du 1er janvier 2002. Cette solution est aberrante du point de vue juridique : l'euro est imposé comme monnaie dans des territoires qui ne font pas partie de la CE, par une décision du Conseil fondée sur l'article 123, par. 4 CE, c'est-à-dire par un acte normatif de la CE qui, par définition, n'est applicable qu'au territoire communautaire sur lequel le traité CE produit ses effets *ratione loci*. La procédure correcte aurait été d'introduire l'euro sur ces deux îles françaises par un accord au sens de l'article 111, par. 3, conclu entre la CE et la France, en tant que responsable des relations extérieures des collectivités territoriales de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte.

La compétence communautaire de conclure des accords monétaires avec des pays tiers au titre de l'article 111, par. 1 et 3, est une compétence exclusive, ce qui signifie que l'intervention des Etats membres, prévue au paragraphe 5, n'est possible que moyennant une habilitation spécifique de la CE. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur le parallélisme entre les compétences internes et externes de la CE, le caractère exclusif de la compétence interne de la CE en matière de politique monétaire se répercute sur la compétence externe. Par conséquent, l'action des Etats au titre de l'article 111, par. 5, a toujours lieu « sans préjudice des compétences et des accords communautaires dans le domaine de l'Union économique et monétaire ». La similitude de structure de l'article 111 et de l'article 133 CE relatif à la politique commerciale commune confirme le caractère exclusif de la compétence monétaire extérieure de la CE ainsi que de son pouvoir de conclure des accords internationaux dans ce domaine [23].

Comme l'article 111, par. 3, a été peu appliqué, le principe d'une compétence communautaire exclusive n'a pas pu vraiment être conforté car les institutions de la CE ont utilisé assez largement le mécanisme de l'habilitation spécifique. En effet, les accords monétaires conclus avec Monaco, Saint-Marin et la Cité du Vatican ne l'ont pas été par les institutions communautaires. Compte tenu des liens historiques particuliers existant dans le domaine monétaire entre ces micro-Etats et la France ainsi que l'Italie, la solution retenue dans les trois cas a été d'habiliter la France et l'Italie à conclure avec ces Etats, au nom de la CE, les accords internationaux nécessaires pour que l'euro puisse circuler comme monnaie ayant cours légal sur leurs territoires respectifs. La CE a accordé cette habilitation, sur la base de l'article 111, par. 3, dans trois décisions du Conseil s'adressant à la France et à l'Italie [24], qui autorisent ces deux Etats membres à négocier et à conclure au nom de la Communauté, avec la participation de la BCE et de la Commission, des accords monétaires avec les trois micro-Etats, à moins que la Commission, la BCE ou le Comité économique et financier estiment que l'accord doit être soumis au Conseil. Les accords ne portent que sur l'émission et l'utilisation de billets de banque et de pièces libellés en euros, l'accès aux systèmes de paiement au sein de la zone euro et le statut juridique de l'euro sur le territoire desdits Etats [25].

La convention monétaire conclue entre la République italienne, au nom de la CE, et la République de Saint-Marin [26], sur la base de l'article 111, par. 3, et de la décision 1999/97/CE, a la même portée ; il établit l'euro en tant que monnaie ayant cours légal sur le territoire de Saint-Marin à compter du 1er janvier 1999, et fixe le 1er janvier 2002 comme date à partir de laquelle les billets et pièces libellés en euros entrent en circulation. Saint-Marin s'engage à intégrer dans son droit interne les dispositions relatives au statut juridique de l'euro et s'aligne sur l'Italie en ce qui concerne le remplacement de la lire par l'euro. La convention monétaire entre la République italienne, au nom de la CE, et la Cité du Vatican a été conclue le 30 novembre 2000 [27], soit un jour après celle de Saint-Marin, et son contenu est similaire [28]. Ces deux conventions monétaires ne prévoient pas l'émission de billets en euros par Saint-Marin et la Cité du Vatican mais autorisent ceux-ci à émettre un nombre limité de pièces en euros, représentant sur la face nationale des symboles qui leur sont propres, dont la frappe incombe à l'Etat italien.

Le 24 décembre 2001 a été conclue la convention monétaire entre la France et la Principauté de Monaco avec un contenu presque identique aux deux autres conventions : cour légal de l'euro à Monaco à compter du 1er janvier 1999, introduction fiduciaire de l'euro à partir du 1er janvier 2002, pouvoir de Monaco d'émettre monnaies en euro dont la frappe incombe à la France, application dans le territoire monégasque de la réglementation relative à l'euro.

La compatibilité de ces habilitations spécifiques avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur les relations extérieures est pour le moins douteuse [29]. En effet, la Cour de justice a jugé que l'habilitation donnée par la CE à des Etats membres pour adopter ou maintenir des réglementations commerciales nationales était compatible avec la compétence communautaire exclusive de conclure des accords de politique commerciale. Dans ces cas d'espèce, l'habilitation concernait une mesure unilatérale d'un Etat, et non pas la négociation d'un accord commercial

avec des pays tiers [30]. Le cas de Monaco, de Saint-Marin et du Vatican est toutefois différent, puisque les décisions du Conseil habilitaient la France et l'Italie à conclure au nom de la CE des accords monétaires qui relèvent de la compétence exclusive de la Communauté. Dans ces conditions, étant donné qu'aucune difficulté de nature politique et juridique n'empêchait la CE de conclure elle-même directement les accords en cause, l'habilitation spécifique de négocier au nom de la CE est difficilement justifiable.

Enfin, il faut encore préciser que l'article 111, par. 1 et 3, reconnaît à la CE la compétence de conclure des accords monétaires avec des pays tiers mais pas, cependant, avec les Etats membres qui ne font pas partie de la zone euro (en l'occurrence, le Royaume-Uni, la Suède et le Danemark). Des accords monétaires informels, constitutifs de règles de *soft law*, qui sont décidés dans le cadre de forums informels tels que le G7 ne pourraient pas non plus être conclus sur cette base ; il ne s'agit pas, en effet, de règles qui produisent des effets juridiques obligatoires pour la CE, alors que l'article 111, par. 3, dernier alinéa, exige que les accords soient contraignants, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'accords internationaux, et non pas de *gentlemen's agreements* [31].

2. La procédure de conclusion des accords

Outre qu'il est une règle de droit matériel, l'article 111, par. 1 et 3, instaure une procédure spéciale pour la conclusion d'accords monétaires entre la CE et les pays tiers, qui diffère de la procédure générale prévue à l'article 300 CE [32]. Cette spécificité répond, en grande partie, à l'exigence que la BCE participe à la procédure, afin que sa compétence exclusive en matière de politique monétaire unique ne soit pas réduite dans le domaine intracommunautaire.

La distinction entre les accords de change formels (article 111, par. 1) et les accords sur des questions se rapportant au régime monétaire ou de change (article 111, par. 3) induit des règles différentes en ce qui concerne la conclusion des accords. Dans le premier cas, c'est sur la base d'une recommandation de la BCE ou de la Commission, que le Conseil décide à l'unanimité de conclure l'accord, après consultation de la BCE en vue de parvenir à un consensus compatible avec la stabilité des prix, et après consultation du Parlement européen. Les arrangements relatifs aux négociations prévues au paragraphe 3 pour les autres accords monétaires sont applicables aux accords formels. L'adoption, la modification ou l'abandon des cours centraux de l'euro dans le régime de change retenu pour ce type d'accords incombe au Conseil, lequel statue à la majorité qualifiée, sur recommandation de la BCE ou de la Commission et après consultation de la BCE, mais pas du Parlement européen qui sera simplement informé par le président du Conseil.

Pour les accords se rapportant au régime monétaire ou de change, une procédure simplifiée est prévue à l'article 111, par. 3. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission et après consultation de la BCE, sans l'intervention du Parlement européen, décide des arrangements relatifs aux négociations et à la conclusion de ces accords. Les arrangements de négociation garantissent que la CE exprime une position unique ; la Commission est pleinement associée aux négociations.

La première question que soulève cette procédure spéciale concerne le rôle de la BCE dans la conclusion des accords de change formels et dans leurs modifications. En effet, la BCE partage avec la Commission l'initiative de proposer au Conseil ce type d'accords ; cependant, si c'est la Commission qui le propose, la BCE doit être consultée. Comme l'article 111, par. 1, prévoit la consultation de la BCE « en vue de parvenir à un consensus compatible avec l'objectif de la stabilité des prix », l'avis de la BCE se situe entre un simple avis et un avis conforme du Parlement européen dans le cadre des accords internationaux visés à l'article 300 [33]. La décision finale de conclure l'accord appartient au Conseil, mais il est peu probable que, dans des questions aussi techniques, l'autorité politique communautaire agisse à l'encontre de l'avis de la BCE, laquelle est exclusivement compétente dans le domaine intracommunautaire en matière de politique monétaire, politique sur laquelle ces accords ont une incidence tellement directe. L'ambiguïté de cette disposition s'explique parce qu'il était nécessaire de trouver un compromis entre les positions opposées de l'Allemagne et de la France à la CIG qui a élaboré le traité de Maastricht. Pour l'Allemagne, la politique monétaire, et partant celle des taux de change, devait relever de l'autorité monétaire qui agirait exclusivement en fonction de l'objectif de stabilité des prix, tandis que, pour la France, c'était aux autorités politiques de déterminer la politique de change de l'euro vis-à-vis des monnaies non communautaires [34].

Le Conseil dispose de pouvoirs plus étendus pour conclure des accords monétaires que pour conclure d'autres accords internationaux. Il a notamment la liberté de décider « des arrangements relatifs aux négociations et à la conclusion de ces accords », pourvu qu'ils garantissent que la « Communauté exprime une position unique ». La Commission se voit donc privée du pouvoir de négocier des accords internationaux dont elle dispose dans le cadre de la procédure générale prévue à l'article 300. Cela étant, le Conseil a le choix entre plusieurs arrangements :

— il peut négocier et conclure lui-même les accords ; la rotation de la présidence lui complique toutefois la tâche ;
— il peut aussi, comme ce fut le cas pour Monaco, Saint-Marin et la Cité du Vatican, habiliter des Etats membres à négocier et conclure l'accord monétaire au nom de la CE ;
— il peut charger la BCE, en tant qu'organisme investi de la compétence monétaire interne, de négocier et de conclure les accords monétaires. Nous pensons que la BCE n'est pas le négociateur idéal des accords de change [35], étant donné que l'article 111 confie cette compétence à une institution politique de la CE, dont les intérêts et ceux de l'organisme technique en charge de la politique monétaire sont antagonistes ; il n'est donc pas logique de confier cette compétence à la BCE ;
— l'attribution du pouvoir de négocier les accords monétaires à la Commission nous semble la meilleure solution. L'article 111, par. 3, affirme en effet que la Commission est pleinement associée aux négociations de ces accords. De plus, c'est la Commission, institution politique comme le Conseil, qui négocie les autres accords internationaux de la CE et, partant, est le mieux à même d'assurer l'unité et la cohérence dans l'action extérieure de la CE.

Une autre facette de la procédure de conclusion des accords monétaires est l'intervention du Parlement européen, laquelle est beaucoup moins significative que

dans le régime général de conclusion des accords internationaux au titre de l'article 300 CE. En effet, la consultation du Parlement n'est prévue qu'à l'article 111, par. 1, pour les accords de change de type formel. En cas d'abandon, de modification ou d'adoption des cours centraux de l'euro, dans le cadre d'un système de taux de change, ce même article n'impose au Conseil qu'une obligation d'information *a posteriori*. Lorsqu'il s'agit d'accords se rapportant au régime monétaire ou de change, l'article 111, par. 3, ne prévoit aucun type d'intervention du Parlement. En tout état de cause, le contrôle démocratique [36] dans ce domaine de l'activité monétaire extérieure de la CE est déficient et devrait certainement être amélioré.

C. Les compétences de la BCE en matière de change

Dans le système monétaire international actuel, le taux de change des monnaies dépend de l'offre et de la demande, dès lors qu'il existe un régime de fluctuation monétaire approuvé par les accords de la Jamaïque de 1976. Ces accords ont modifié le fonctionnement du FMI, afin d'y refléter l'abandon du système des parités fixes instauré à Bretton Woods lorsque, en 1973, les banques centrales ont laissé flotter le dollar, après l'annonce par les Etats-Unis en 1971 de la fin de la convertibilité du dollar en or. L'euro est né, par conséquent, dans un système de fluctuation monétaire, dans lequel il n'existe pas d'accord multilatéral fixant les cours des monnaies, ni d'accords de change bilatéraux ou multilatéraux de portée limitée qui, par leur importance, détermineraient le taux de change de l'euro. Il s'ensuit, comme nous l'avons indiqué dans la section précédente, que l'article 111, par. 1 et 3, est peu appliqué dès lors que, dans le contexte monétaire international actuel, la conclusion d'accords internationaux relatifs à un système de taux de change n'est pas prévisible. En effet, dans une économie internationale de plus en plus globalisée et dominée par les mouvements de capitaux, la marge de manœuvre des Etats est assez limitée, lorsqu'il s'agit de mener une politique active de taux de change par le biais d'un accord international [37].

Dans ces conditions, l'article 111, par. 2, revêt une importance particulière, puisqu'il complète les paragraphes 1 et 3, en permettant à la CE de définir une politique de change pour l'euro, sans conclure d'accords internationaux. En vertu de l'article 111, par. 2, le « Conseil, statuant à la majorité qualifiée soit sur recommandation de la Commission et après consultation de la BCE, soit sur recommandation de la BCE, peut formuler les orientations générales de politique de change » de l'euro vis-à-vis d'une ou de plusieurs monnaies non communautaires. « Ces orientations générales n'affectent pas l'objectif principal du SEBC, à savoir le maintien de la stabilité des prix ». Le Conseil européen de Luxembourg de décembre 1997 a arrêté une résolution [38], en vertu de laquelle le Conseil est tenu de surveiller l'évolution des taux de change de l'euro, en tenant compte des analyses de la Commission et des travaux préparatoires du Comité économique et financier. De plus, il a estimé que les taux de change de l'euro sont la résultante des autres politiques économiques et que le Conseil ne formule d'orientations générales en cette matière, au titre de l'article 111, par. 2, que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en cas de désalignement manifeste du taux de change de l'euro, et en respectant toujours l'indépendance de la BCE et l'objectif de stabilité des prix. La dépréciation significative de l'euro vis-à-

vis du dollar EU n'a pas donné lieu à la formulation d'orientations générales, ce qui confirme bien les idées exprimées par le Conseil européen de Luxembourg dans sa résolution de 1987.

Les orientations générales du Conseil peuvent être l'instrument adéquat [39] pour reprendre le contenu d'accords (normes de *soft law*) obtenus au sein de forums monétaires informels (G7, G20), comme par exemple les accords de Plaza de 1985 et du Louvre de 1987. Formuler une orientation générale pour garantir le taux de change de l'euro vis-à-vis du dollar serait concevable. A notre avis, les orientations générales sont un acte normatif communautaire non contraignant, de *soft law*, que la BCE n'est pas tenue de respecter, même si elle doit tenir compte dans sa gestion de la politique de change de l'euro [40]. La participation de la BCE à la procédure d'adoption des orientations est moindre que celle qui est prévue à l'article 111, par. 1, et la nécessité d'arriver à un consensus entre l'autorité politique (Conseil) et l'autorité monétaire (BCE) n'est pas mentionnée, ce qui confirme la conclusion que les orientations ne sont pas contraignantes. Au demeurant, le Conseil peut choisir le type d'acte dans lequel il formulera les orientations générales, puisque l'article 111, par. 2, est muet sur ce point. La recommandation est peut-être l'acte le plus adéquat, par similitude avec l'article 99, par. 2, relatif aux orientations générales des politiques économiques des Etats membres et de la Communauté.

L'article 111, par. 2, et la résolution du Conseil européen de Luxembourg de 1997 laissent peu de place à la mise en oeuvre de politiques actives de change de l'euro vis-à-vis de monnaies de pays tiers. C'est compréhensible, étant donné que ces politiques sont peu viables dans la conjoncture actuelle de l'économie internationale ; de plus, le coefficient d'ouverture de l'économie de la zone euro vis-à-vis de l'extérieur est trois fois plus réduit qu'avant 1999, en manière telle que l'économie de cette zone est moins dépendante des fluctuations monétaires que ne l'étaient les économies nationales des Etats membres avant la création de l'euro. La zone euro peut ainsi pratiquer une politique de *benign neglect* (douce négligence) en ce qui concerne le taux de change de l'euro, comme les Etats-Unis ont commencé à le faire pour le dollar [41].

A défaut d'accord international et si le Conseil ne formule pas d'orientations générales, la BCE contrôle *de facto* la politique de change de l'euro, puisque l'exécution journalière des opérations monétaires de change relève exclusivement de la compétence de la BCE et des banques centrales nationales sous son contrôle [42].

En effet, l'article 105, par. 2 CE et l'article 23 des statuts du SEBC octroient à la BCE et aux banques centrales nationales des compétences étendues pour réaliser les différents types d'opérations sur les marchés de change. L'article 105, par. 2, attribue au SEBC comme missions fondamentales, celles notamment de « conduire les opérations de change conformément à l'article 111 » et de « détenir et gérer les réserves officielles de change des Etats membres ». Quant à l'article 23 des statuts du SEBC, il prévoit que « la BCE et les banques centrales nationales peuvent :

— entrer en relation avec les banques centrales et les établissements financiers des pays tiers et, en tant que de besoin, avec les organisations internationales ;
— acquérir et vendre, au comptant et à terme, toutes catégories d'avoirs de réserve de change et des métaux précieux. Le terme « avoirs de change » comprend les

titres et tous les autres avoirs libellés dans la devise de tout pays ou en unités de compte, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont détenus ;
— détenir et gérer les avoirs visés au présent article ;
— effectuer tous les types d'opérations bancaires avec les pays tiers et les organisations internationales, y compris les opérations de prêt et d'emprunt ».

Ces dispositions reconnaissent à la BCE les pouvoirs nécessaires pour mettre en œuvre les décisions de politique de change adoptées au titre de l'article 111 ; en l'absence d'accords de change ou d'orientations générales du Conseil, la BCE dispose de larges pouvoirs pour effectuer les opérations extérieures de change qu'elle estime utiles [43]. Dans le régime actuel de fluctuation monétaire qui existe dans le système monétaire international, la BCE contrôle *de facto* la politique de change de l'euro vis-à-vis des monnaies de pays tiers.

Pour intervenir sur les marchés de change, la BCE doit disposer d'un très grand volume de devises. Elle obtient ces liquidités grâce au transfert d'avoirs de réserves de change par les banques centrales nationales des Etats membres de la zone euro. L'article 30, par. 1, des statuts du SEBC prévoit, en effet, que « la BCE est dotée par les banques centrales nationales d'avoirs de réserve de change autres que les monnaies des Etats membres, d'euros, de positions de réserve auprès du FMI et de DTS, jusqu'à concurrence d'un montant équivalent à cinquante milliards d'euros (...) La BCE est pleinement habilitée à détenir et à gérer les avoirs de réserve qui lui ont été transférés et à les utiliser aux fins fixées dans les présents statuts ». Au début de 1999, le conseil des gouverneurs a décidé que les banques centrales des Etats de la zone euro transféreraient à la BCE le montant susmentionné, qui a été réduit à 39 460 millions d'euros (78,92% des cinquante milliards), du fait que quatre Etats n'ont pas adopté l'euro à cette date. 15% ont été transférés en or, et 85% dans les deux devises principales du système monétaire international, soit le dollar EU et le yen japonais [44].

D'autre part, l'article 30, par. 4, autorise la BCE à demander aux banques centrales nationales des avoirs de réserve supplémentaires, dans les limites et selon les conditions fixées par le Conseil dans le règlement (CE) 1010/2000 [45]. Ce règlement autorise le conseil des gouverneurs de la BCE à effectuer des appels supplémentaires d'avoirs de réserve de change auprès des banques centrales nationales jusqu'à concurrence de cinquante milliards d'euros, afin de reconstituer les avoirs déjà épuisés.

Les réserves en or et en devises qui n'ont pas été transférées à la BCE sont détenues par les banques centrales nationales et sont gérées par elles conformément à l'article 31 des statuts du SEBC. Les banques centrales peuvent utiliser ces réserves pour répondre aux obligations contractées, en leur nom ou au nom de leur gouvernement, à l'égard d'organisations internationales telles que le FMI ou la BRI (art. 31.1 des statuts du SEBC), elles peuvent effectuer des opérations en agissant en tant qu'agents de clients de leurs gouvernements nationaux, ainsi que des opérations d'investissements en portefeuille dans le cadre général de leurs opérations de gestion des avoirs. En tout état de cause, l'autorisation de la BCE est requise lorsque les opérations de change dépassent une certaine limite (art. 31.2 des statuts du SEBC) car elles peuvent affecter le taux de change de l'euro.

Les réserves en or [46] et en devises transférées à la BCE sont gérées de manière décentralisée. Les organes directeurs de la BCE fixent le cadre stratégique et tactique des placements (les critères pour les investir), c'est-à-dire la répartition par devises, l'arbitrage entre risque de taux d'intérêt et rendement, ainsi que les exigences en matière de risque de crédit et de liquidité. Les décisions de placement sont transmises aux banques centrales nationales, pour mise en place effective, sous forme de portefeuilles de références (*benchmarks)* et de limites à respecter. Lorsqu'elles mettent en oeuvre ces décisions, les banques centrales nationales agissent pour le compte de la BCE et le font savoir à leurs contreparties, les organismes financiers avec lesquels elles traitent [47].

Les réserves de change sont une partie très importante des actifs du bilan de la BCE, qui lui permettent d'intervenir sur les marchés de change et d'avoir une influence sur le taux de change de l'euro [48]. Ces interventions étant des actions de politique monétaire, elles doivent respecter l'objectif de stabilité des prix et s'inscrire dans le cadre de la stratégie de politique monétaire de la BCE [49]. L'intervention de la BCE sur les marchés de change peut être unilatérale ou concertée avec les banques centrales d'autres Etats. Les devises utilisées pour ces interventions proviennent des réserves de la BCE, mais c'est soit la BCE directement, soit les banques centrales nationales en tant que mandataires qui agissent. La BCE peut également, le cas échéant, financer des interventions par d'autres ressources que ses avoirs de réserve, en ayant recours, par exemple, à des *swaps* de change, ce qui accroît sa capacité d'action sur les marchés de change. Il faut citer à cet égard la convention *swap* conclue entre la BCE et la Réserve fédérale le 13 septembre 2001, par laquelle les deux banques centrales se sont transféré des dollars et des euros à concurrence de cinquante billions de dollars, et pour une période de trente jours, afin de garantir les ressources liquides du système financier international après la crise provoquée par les attentats terroristes contre le Pentagone et le World Trade Center aux Etats-Unis [50].

En dépit des réticences à intervenir sur les marchés de change, la forte dépréciation de l'euro vis-à-vis du dollar US a contraint la BCE à organiser une intervention concertée avec les banques centrales des pays du G7, en l'occurrence les Etats-Unis, le Canada, le Royaume-Uni et le Japon, le 22 septembre 2000, pour freiner la baisse des cours de l'euro [51]. Les 3, 6 et 9 novembre 2000, la BCE est intervenue unilatéralement pour soutenir l'euro sur les marchés de change, en précisant dans un communiqué de presse que le taux de change de l'euro ne reflétait pas les bonnes bases économiques de la zone euro à ce moment [52]. Il s'agissait de la première intervention transatlantique coordonnée des banques centrales depuis 1995, décidée en raison de la forte préoccupation que suscitaient la dépréciation de l'euro et ses conséquences sur l'économie internationale. Précédemment, le conseil des gouverneurs de la BCE avait décidé, le 31 août 2000, que les recettes provenant des intérêts sur les avoirs de réserves de change seraient vendus contre des euros. Ces ventes, qui constituent une intervention « camouflée » sur les marchés de change, ont débuté le 14 septembre 2000 et ont duré une semaine.

La première intervention concertée a eu l'effet souhaité puisque le taux de change de l'euro est passé de 0,85 à 0,90 dollar. La monnaie européenne s'est à nouveau dépréciée et les interventions unilatérales de la BCE n'ont eu pour résultat qu'un

redressement modeste de l'euro, dont le cours a baissé en octobre 2000 jusqu'à 0,825 dollar. L'amélioration du taux de change de l'euro n'a pas eu lieu avant la fin de l'an 2000, parallèlement au ralentissement de la croissance de l'économie nord-américaine [53]. En 2002, le taux de change de l'euro a récupéré la parité avec le dollar et en 2003, l'euro semble capable d'atteindre le cours de janvier 1999.

En définitive, le taux de change de l'euro, comme celui des monnaies des principaux pays industrialisés, est soumis au régime de flottement pur ; il est la résultante du jeu de l'offre et de la demande d'euros sur les marchés monétaires, qui dépend, dans une large mesure, de la santé économique de la zone euro par rapport à celle des autres grands blocs économiques (Etats-Unis et Japon). Le flottement est atténué par des interventions des autorités monétaires en cas d'écart brusque et dangereux du taux de change, et il est appelé dans ce cas dans le jargon économique « flottement impur ou dirigé ». L'absence d'accords internationaux multilatéraux, régionaux ou bilatéraux régissant la détermination du taux de change des principales monnaies du système monétaire international a pour l'instant pour conséquence que la BCE conduit la politique de change de l'euro. Il serait toutefois indiqué que l'autorité monétaire puisse se référer à des accords adoptés par les autorités politiques, comme ce fut le cas pour les accords du Louvre ou de l'hôtel Plaza dans les années quatre-vingt, dans des situations exceptionnelles de fluctuations des taux de change qui ne sont pas directement liées aux fondements économiques de la zone euro.

Notes

[1] Voyez, notamment, J.-V. Louis, « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », Colloque de Bordeaux de la SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles,* Paris, Pédone, 2000, p. 398 et s.

[2] Etant donné que la participation aux organisations internationales n'a pas de répercussions directes sur la politique monétaire de la zone euro, nous n'aborderons pas son examen dans le cadre de notre étude.

[3] D. Carreau, « Taux de change », *Répertoire Dalloz de Droit international*, Paris, Dalloz, 1998.

[4] Des explications économiques excellentes et concises sur la fixation des taux de change des monnaies et sur le fonctionnement du marché monétaire universel sont fournies par D. Plihon, *Les taux de change*, Paris, La Découverte, 1999. L'analyse des taux de change du point de vue économique est une constante de tous les ouvrages d'économie internationale ; nous citerons, parmi d'autres, P. R. Krugman, M. Obstfeld, *Economía Internacional. Teoría y Política*, 5e éd., Madrid, Addison Wesley, 2001, p. 339-657.

[5] Une analyse actualisée des régimes de change figure dans le document du FMI, « Les régimes de change dans une économie mondiale de plus en plus intégrée », *Etudes thématiques* 00/06(S), juin 2000, qui est disponible sur http ://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/062600s.htm. Une étude exhaustive de la question a été réalisée par M. Mussa, P. Masson, A. Swoboda, E. Jadresic, P. Mauro, A. Berg, « Exchange Rate Regimes in an Increasingly Integrated World Economy », *IMF Occasional Paper*, nº 193, 2000.

[6] Dans l'abondante littérature consacrée à cette modification des statuts du FMI, il y a lieu de mentionner les ouvrages suivants : K. Dam, *The Rules of the Game : Reform and Evolution in the International Monetary System*, University of Chicago Press, 1982 ; R. W. Edwards, « The Currency Exchange Rate Provisions of the Proposed Amended Articles of the Agreement of the International Monetary Fund », *AJIL,* 1976/4, p. 772 et s. ; R. W. Edwards, *International Money Collaboration*, New York, Transnational Publishers, 1984 ; J. Gold, « Developments in the International Monetary System, the International Monetary Fund, and International Monetary Law since 1971 », *RCADI*, 1982-I, vol. 174, p. 107 et s. ; J. Gold, *Exchange Rates in International Law and Organization,* Washington, American Bar Association, 1988 ; J. Gold, *Legal Effects of Fluctuating Exchange Rates*, Washington, IMF, 1990 ; M. Lelart, *Le système monétaire international*, 5e éd., Paris, La Découverte, 2000, p. 63 et s. ; P. Lenain, *Le FMI*, Paris, La Découverte, 1996, p. 23 et s.

[7] Dans le meilleur ouvrage – qui est aussi le plus complet – sur le régime juridico-international des taux de change, J. Gold affirme que cette disposition ne « *legalize* [pas] *a worldwide system of floating currencies* », mais « *recognize the freedom of members to choose their currencies without the necessity for the Fund's approval* », J. Gold, *Exchange Rates…, op. cit*., p. 8.

[8] Aux termes de cette disposition, « les régimes de change peuvent inclure : i) le maintien par un Etat membre d'une valeur pour sa monnaie en termes de droit de tirage spécial ou d'un autre dénominateur autre que l'or, choisi par l'Etat membre ; ii) des mécanismes de coopération en vertu desquels des Etats membres maintiennent la valeur de leurs monnaies par rapport à la valeur de la monnaie ou des monnaies d'autres Etats membres, ou iii) d'autres régimes de change que choisirait un Etat membre ». Une analyse intéressante de cette disposition est celle de R. W. Edwards, « An Interesting Provision Concerning Exchange Rate Arrangements », *in Festschrift in Honor of Sir Joseph Gold*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1990, p. 101 et s.

[9] N. Cassola, « Monetary Policy Implications of the International Role of the Euro », *Conference Paper nº 8 : International Financial Markets and the Implications for Monetary and Financial Stability*, mars 2000, p. 79 et s. (http ://www.bis.org/publ/confer08.htm) ; Y.-T. de Silguy, *El euro, historia de una idea*, Planeta, 1998, p. 317 ; P. Hartmann, O. Issing, « The international role of the euro », *Journal of Policy Modeling*, 2002/2, p. 315-345.

[10] Plus de cinquante-six Etats utilisent déjà l'euro, d'une manière ou d'une autre, en tant que monnaie de référence dans le régime de change de leurs monnaies. Voyez à ce sujet les publications de la BCE, « El papel international de l'euro », *Boletín Mensual de la BCE*, août 1999, pp. 57 et 58 ; et BCE, *Review of the International Role of the Euro*, septembre 2001, Francfort-sur-le-Main, p. 20 et annexes finales ; F. Mazzaferro, A. Mehl, M. Sturm, C. Thimann, A. Winkler, « Economic Relations with regions neighbouring the euro area in the euro time zone », Occasional Paper Series n° 7, BCE, Francfort-sur-le-Main, décembre 2002 ; ainsi que FMI, Annual Report on *Exchange Arrangements and Exchange Restrictions*, New York, FMI, 2000. Ces cinquante-six Etats peuvent être classés de la manière suivante :

— les pays ou territoires qui ont adopté l'euro comme monnaie ayant cours légal, par la voie d'un traité international (Saint-Marin, le Vatican et Monaco), par décision de la CE (collectivités territoriales françaises de Saint-Pierre-et-Miquelon, et Mayotte), *de facto* (Andorre) ou par décision unilatérale (Kosovo et Montenegro) ;
— les pays qui utilisent une caisse de compensation (« *currency board* ») basée sur l'euro : Bosnie-Herzégovine, Bulgarie et Estonie ;
— les Etats qui ont lié les taux de change de leur monnaie à l'euro par le système monétaire européen II (Danemark), par décision de la CE (les quatorze pays africains dans lesquels les monnaies ayant cours légal sont les francs CFA) ou par décision unilatérale (Chypre et Macédoine) ;
— les pays dont la monnaie est liée aux droits de tirage spécial du FMI, dont l'euro fait partie (huit Etats : Lituanie, Bahrein, Jordanie, Lybie, Myanmar, Qatar, Arabie séoudite et Emirats arabes unis) ou à un panier de monnaies, dont l'euro (huit Etats : Islande, Koweit, Malte, Bangladesh, Botswana, Maroc, Seychelles et Vanuatu) ;
— les pays qui acceptent une bande mobile de fluctuation de leur monnaie vis-à-vis de l'euro (Hongrie) ou un panier de monnaies dont l'euro fait partie (Israël et Tunisie) ;
— les pays ayant un système de fluctuation contrôlée de leur monnaie, dans lequel ils utilisent l'euro comme monnaie de référence (Croatie, République tchèque, Macédoine, Pologne, République slovaque, Slovénie et Burundi).

Les pays tiers qui utilisent l'euro comme monnaie de référence sont, principalement, les Etats d'Europe centrale et orientale, d'Afrique ou de la Méditerranée qui entretiennent des relations commerciales et financières étroites avec la CE. Leur poids économique est toutefois réduit, puisqu'ils représentent approximativement 4% du PIB mondial et 17 % du PIB de la zone euro.

[11] La déclaration relative à l'article 111 CE, accompagnant le traité de Maastricht, précise que les termes « accord formel » n'ont pas pour but de créer une nouvelle catégorie d'accords internationaux au sens du droit communautaire.

[12] Les relations monétaires de certains Etats membres avec des pays tiers et des territoires ayant un statut monétaire particulier sont analysées dans la note d'information de la direction générale Affaires économiques et financières de la Commission européenne, du 2 février 2001, intitulée « Accords monétaires et de taux de change de la Communauté et des Etats membres avec des pays tiers et autres territoires », disponible sur la page : http ://www.europa.eu.int/euro/page-dossier1.html .

[13] L'UEMOA, qui est formée de huit Etats (Bénin, Burkina-Faso, Guinée-Bissau, Côte d'Ivoire, Niger, Sénégal, Togo et Mali), dispose d'une banque centrale commune, la Banque centrale des Etats d'Afrique occidentale qui émet une monnaie commune, appelée franc CFA (« franc de la coopération financière en Afrique »).

[14] La CEMAC, qui est formée de six Etats (Cameroun, Gabon, Répubique centrafricaine, Tchad, Guinée équatoriale et République du Congo), dispose d'une banque centrale commune,

la Banque des Etats d'Afrique centrale, qui émet une monnaie commune, appelée franc CFA (« franc de la communauté financière africaine »).

[15] Une analyse complète du fonctionnement de la zone franc CFA ainsi que des répercussions possibles du remplacement du franc français par l'euro a été réalisée par M. T. Hadjimichael, M. Galy, « The CFA Franc Zone and the EMU », *IMF Working Paper* 97/156, novembre 1997.

[16] Décision 98/683/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les questions de change relatives au franc CFA et au franc comorien, *JOCE*, n° L 320, 28 novembre 1998, p. 58).

[17] J.-V. Louis, *op. cit*., p. 405.

[18] Décision 98/744/CE du Conseil du 21 décembre 1998 concernant les questions de change relatives à l'escudo cap-verdien, *JOCE*, n° L 358, 31 décembre 1998, p. 111, qui autorise le Portugal à continuer à appliquer, après le remplacement de l'escudo portuguais par l'euro, l'Acordo de cooperaçao entre a Republica Portuguesa e a Republica de Cabo Verde de 1998 qui garantit la convertibilité entre l'escudo cap-verdien et l'escudo portuguais à un taux de change fixe.

[19] Une minorité d'auteurs, dont nous ne partageons pas l'opinion, considère que l'article 111, par. 3, n'a qu'un caractère procédural, et se limite à réglementer la procédure de conclusion d'accords monétaires entre la CE et les pays tiers, sans accorder aucune compétence à la CE. C'est le cas notamment de R. Smits, *The European Central Bank. Institutional Aspects,* Deventer, Kluwer, 1997, p. 402 ; M. Dony, « Les relations extérieures de l'Union économique et monétaire », *in* M. Dony (dir.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1999, p. 224 à 246 ; M. Devoluy, *La Banque centrale européenne*, Paris, PUF, 2000, p. 94 à 96 ; et L. A. Geelhoed, « Economic and Monetary Union », *in* P. Kapteyn, P. Verloren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3e éd., Deventer, Kluwer, 1998, p. 1007.

[20] Les accords de change sont toujours des accords monétaires particuliers puisque les questions relatives au taux de change des monnaies sont une des composantes de la politique monétaire.

[21] Une explication similaire est fournie par C. Zilioli, M. Selmayr, « The External Relations of the Euro Area : Legal Aspects », *CML Rev.*, 1999/2, p. 299 à 301 ; et J. Santos Vara, *La participación de la Comunidad Europea en las organizaciones internacionales*, thèse de doctorat inédite, Salamanca, 2001, p. 170 et 171.

[21*bis*] Il s'agit de la convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et l'Etat de la Cité du Vatican, représenté par le Saint-Siège (*JOCE*, n° C 299, 25 octobre 2001, p. 1) ; de la convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et la République de Saint-Marin (*JOCE*, n° C 209, 27 juillet 2001, p. 1) et de la convention monétaire entre le gouvernement de la République française, au nom de la Communauté européenne, et le gouvernement de son Altesse Sérénissime le prince de Monaco (*JOCE*, n° L 142, 31 mai 2002, p. 59).

[22] Décision 1999/95/CE du Conseil du 31 décembre 1998 sur les arrangements monétaires relatifs aux collectivités territoriales françaises de Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte, *JOCE*, n° L 30, 4 février 1999, p. 29.

[23] Cette conclusion est défendue à juste titre par R. Baso, « Sulle relazioni esterne della Comunita Europea in materie riguardanti l'unione economica e monetaria », *Riv. dir. int.*, 2001, nº 1, p. 117 et 118 ; S. Cafaro, « I primi accordi della Comunita in materia di politique monetaria e di cambio », *Il diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 253 ; et par R. Torrent Macau, « Whom is the European Central Bank of ? : Reaction to Zilioli and Selmayr », *CML Rev*., 1999/6, p. 1238, qui réfute la thèse de C. Zilioli ; M. Selmayr, *op. cit*., p. 297 et 298,

selon laquelle la compétence communautaire en matière de politique monétaire extérieure n'est pas exclusive, mais partagée, du fait de l'existence de l'article 111, par. 5, et parce que, aux termes du par. 3, « au cas où des accords (...) doivent faire l'objet de négociations entre la Communauté », ce qui implique que la CE justifie la nécessité de son action conformément au principe de subsidiarité.

[24] Décision 1999/96/CE du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Principauté de Monaco, *JOCE,* n° L 30, 4 février 1999, p. 31 ; décision 1999/97/CE du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la République de Saint-Marin, *JOCE*, n° L 30, 4 février 1999, p. 33 ; décision 1999/98/CE du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Cité du Vatican, *JOCE*, n° L 30, 4 février 2002.1999, p. 35.

[25] Voyez l'avis favorable de la BCE concernant les trois décisions, qui est publié au *JOCE,* n° C 127, 7 mai 1999, p. 4.

[26] Publié au *JOCE,* n° C 209, 27 juillet 2001, p. 1.

[27] Convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et l'Etat de la Cité du Vatican représenté par le Saint-Siège, *JOCE,* n° C 299, 25 octobre 2001, p. 1-4.

[28] C. Zilioli, M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 221.

[29] J.-V. Louis, « Les relations … », *op. cit*., p. 405.

[30] Arrêt du 15 décembre 1976, aff. 41/76, *Donckerwolcke*, *Rec*., p. 1921, point 32 ; arrêt du 18 février 1986, aff. 174/84, *Bulk Oil*, *Rec.*, p. 559, points 31 à 37 ; arrêt du 17 octobre 1994, aff. C-70/94, *Werner*, *Rec*., p. I-3189, point 12, et arrêt du 17 octobre 1995, aff. C-83/94, *Leifer*, *Rec*., p. I-3235, point 12. Sur l'érosion de l'exclusivité de la compétence communautaire en matière de politique commerciale commune provoquée par cette jurisprudence de la CJCE, voyez M. López Escudero, « Quelques remarques critiques à propos de la jurisprudence de la Cour de Justice sur la politique commerciale commune », *Mélanges Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, p. 1172 et s.

[31] J.-V. Louis, « Les relations … », *op. cit*., p. 395 ; J. Pipkorn, « Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the Economic and Monetary Union », *CML Rev*., 1994/2, p. 286.

[32] Il existe une bibliographie abondante sur la conclusion d'accords par la CE, dont nous citerons en particulier : D. J. Liñán Nogueras, « Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas (II) », *in* A. Mangas Martín et D. J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 337-345 ; A. Remiro Brotons, « Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas », *in* E. García de Enterría, J. D. González Campos, S. Muñoz Machado (ed.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Civitas, 1986, tomo III, p. 637-708 ; J. Roldán Barbero, « Los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea : un panorama », *in Cursos de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1997, p. 211-235 ; R. Torrente Macau, *Derecho y práctica de las relaciones económicas exteriores en la Unión Europea*, Barcelona, Cedecs, 1998, dont la version française est disponible sur le site http ://www.ub.es/dpecp/ep/livreTorrent.html.

[33] J. Lebullenger, « La projection externe de la zone euro », *RTDE*, 1998/4, p. 460 et 461.

[34] M. Conthe, « La Unión Económica y Monetaria : la larga génesis de un Tratado », *GJCE,* D-17, 1992, p. 147 ; J.-M. Sorel, « L'euro vu de l'extérieur : une monnaie entre puissances et incertitudes », *JDI*, 2000/1, p. 12.

[35] L'avis contraire est défendu par C. Zilioli, M. Selmayr, *op. cit*., p. 303.

[36] Voyez sur cette question générale, M. Robles Carrillo, *El control de la política exterior por el Parlamento Europe*o, Madrid, Civitas, 1994.

[37] P. Maystadt, « L'euro et le système monétaire international », *Annales de droit de Louvain*, 1998/2, p. 21.

[38] Résolution du Conseil européen du 13 décembre 1997 sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'UEM et sur les articles 109 et 109 B du traité CE, *JOCE,* n° C 35, 2 février 1998, p. 1.

[39] Un examen détaillé de ces orientations générales au titre de l'article 111, par. 2, a été réalisé par H. J. Hahn, « European Union Exchange Rate Policy ? », *in* M. Giovanoli (ed.)*, International Monetary Law. Issues for the New Millennium*, Oxford University Press, 2000, p. 195 et s.

[40] Voyez, en ce même sens, J.-V. Louis, « Les relations... », *op. cit.* ; et R. Smits, *op. cit*., p. 398 et 399.

[41] M. Devoluy, *La Banque centrale européenne,* Paris, PUF, p. 97 et 98.

[42] Y.-T. de Silguy, *El euro, historia de una idea*, Barcelona, Planeta,1998, p. 335.

[43] Voyez l'analyse de C. Zilioli, M. Selmayr, *op. cit*., p. 305 à 310.

[44] La BCE a effectué une analyse qui clarifie les compétences du SEBC en ce qui concerne les avoirs de réserve de change : « Les réserves de change et les opérations de l'Eurosystème », *Bulletin mensuel de la BCE*, janvier 2000, p. 51 à 58. Pour connaître l'état des réserves de change de la BCE et des Banques centrales nationales de la zone euro, il faut consulter la situation financière consolidée de l'Eurosystème ; un schéma normalisé est également publié, avec un décalage d'un mois, sous le titre « réserves internationales et liquidités en devises », conformément aux règles spéciales applicables à la diffusion d'informations du FMI (disponibles sur la page web de la BCE : http ://www.ecb.int).

[45] Règlement (CE) 1010/2000 du Conseil, du 8 mai 2000, relatif aux appels supplémentaires d'avoirs de réserves de change par la Banque centrale européenne, *JOCE*, n° L 115, 16 mai 2000, p. 2.

[46] En vertu de l'accord sur l'or, du 26 septembre 1999, conclu entre la BCE, les banques centrales de treize Etats membres de la CE (tous les Etats, sauf le Danemark et la Grèce) et la banque centrale suisse, voy. le texte dans *Bulletin mensuel de la BCE*, janvier 2000, p. 57, les avoirs en or sont gérés d'une manière non active ; les signataires de l'accord sont convenus de ne pas accroître leurs prêts d'or et de ne pas avoir recours à des opérations à terme et à des options sur or au-delà de la période fixée.

[47] Pour réglementer ces actions, la Banque centrale européenne a adopté l'orientation BCE/2001/1 du 3 février 2000 concernant la gestion des avoirs de réserves de change de la Banque centrale européene par les banques centrales nationales et la documentation juridique sur les opérations portant sur les avoirs de réserves de change de la Banque centrale européenne, *JOCE*, n° L 207, 17 août 2000, p. 24, modifée par l'orientation BCE/2001/5, du 21 juin 2001, *JOCE*, n° L 190, 12 juillet 2001, p. 26.

[48] BCE, « Les réserves de change ... », *op. cit.*, p. 53 et 54.

[49] BCE, *La politique monétaire unique en phase III : Documentation générale sur les instruments de politique monétaire et les procédures du SEBC*, novembre 1998 ; BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », *Bulletin mensuel de la BCE*, janvier 1999, p. 20 ; BCE, *La politique monétaire unique en phase III : Documentation générale sur les instruments de politique monétaire et les procédures de l'Eurosystème*, Francfort-sur-le-Main, novembre 2000. Les explications les plus complètes sur la politique monétaire de la BCE et son contexte figurent dans le document de la BCE, *The Monetary Policy of the ECB*, Francfort-sur-le-Main, août 2001.

[50] Voyez le communiqué de presse de la BCE sur : http ://www.ecb.int/press/01/010913_1.htm.

[51] BCE, *Rapport annuel 2000*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2001, p. 78, disponible sur : http ://www.ecb.int.

[52] Communiqué de presse de la BCE disponible sur : http ://www.ec.int/press/00/pr001103.htm.

[53] Pour un examen détaillé des interventions de la BCE et de leur efficacité, voy. OCDE, *Etudes économiques de l'OCDE 2000-2001. Zone euro*, Paris, OCDE, 2001, p. 113-132.

Economic Rights and Freedoms : Whereto Europe ?

Luca G. Radicati di Brozolo

After the undeniable successes on the road to the creation of a single market and in the monetary sphere (where Professor Louis played an important role), there are signs of slackening in the momentum towards economic liberalization and integration of markets in the European Union. This is particularly troublesome in the face of the upcoming enlargement of the Union. Two examples may serve to illustrate the point.

A. The first one relates to the Nice Charter of fundamental rights, and to its treatment (or non-treatment as we shall see) of economic rights.

In this regard it would seem that, in its attempt to address the issue of fundamental rights, with respect to which perhaps it suffered from an inferiority complex with respect to other international organizations, the European Union has reneged on its origins. It is well known that at the beginning – when the supranational entity was known as the European *Economic* Community – its action focused mainly, if not solely, on the economic field. In this field the Community played an irreplaceable role and achieved extremely important, and probably unexpected, goals. Only later did the Community begin to extend its action to the point that it has now become almost all-encompassing, so that almost everything tends to fall under the supranational umbrella or, in any event, to be subject to co-operation within the Union's legal system. It is for this reason that the relevance of human rights with no immediate relation with the economy has begun to be recognized.

This is of course commendable. What is troublesome is that the Charter seems to indicate that the fundamental values of economic liberalization which have paved the way to the Community's success have been lost somewhere along the way. Yet, had it not been for the results achieved through the enactment of the economic principles of the original Treaty, it is questionable whether the Community would have the economic strength, and what little political strength, it has today, and whether there

would be a European Union with broader ambitions which include a codification of fundamental rights such as the Charter.

At the present state of their development the Community and the Union can no longer avoid addressing fundamental rights forthrightly. Judging by the Charter, the result in terms of economic rights is so far disappointing, and in sharp contrast with the Charter's ambitions, and perhaps breadth and modernity, in other fields.

To quote just a few, as regards "social" rights the Charter codifies the rights of the child (Article 24), of the elderly (Article 25), of persons with disabilities (Article 26), the protection of the environment (Article 37) and the rights of consumers (Article 38); it also provides for the *ombudsman* (Article 43), for the right to petition (Article 44), for protection in the event of unjustified dismissal (Article 30); not to mention the right of access to placement services (Article 29 which, by the way, evokes ghosts of incompatibility between national law and the principles of Community law [1]).

I obviously have no intention of downplaying the importance of such rights and the need for a modern Union to address them effectively. However, it would be naïve not to recognize that these are rights which, in concrete terms, only a wealthy and economically flourishing society can afford. The resources required to finance these rights will be available only if the basic economic rights are fully recognized and allowed to give their fruits. This is clearly shown by the experience of the Community.

In this respect the Charter is thus quite meager, and actually old-fashioned. If it codifies the right to free placement services (to quote this example of a "last generation" fundamental right, which would arguably not appear foremost in a catalogue of fundamental rights), why does it avoid even the slightest reference to the fundamental freedoms of the Treaty (which are mentioned only in the preamble as one of the tasks of the Union)? And why are the principles of competition not mentioned either?

Could, or should, these principles not have been listed amongst the fundamental principles at least at the same level as, say, the right to integration of persons with disabilities?

True, the Charter does mention the free movement of workers (Article 15.2), albeit more as a social right rather than an economic one. But why does it not mention the freedom of establishment and the free movement of goods, services and capital?

The Charter does also contain a reference to the right to property (Article 17), oddly immediately before the right to asylum. But this is the bare minimum. The only reference to the type of right which one would like to find in this context is to the freedom to conduct a business (Article 16), somewhat confusingly juxtaposed to the freedom of the arts and sciences and to the right to education (Article 13 and 14). An optimist might be satisfied, since the freedom to conduct a business might be viewed to encompass all economic rights. On the other hand, this right could be devoid of meaning, as indicated by the history of Article 41 of the Italian Constitution laying down the freedom of enterprise. It is instructive that this provision acquired relevance only after economic freedoms were discovered and began to deploy their effects as a result of the influence of Community law.

For the rest, the void in terms of economic rights is complete. As mentioned above, neither the four freedoms nor the freedom of competition are referred to, let alone treated exhaustively. The only reference – and this again seems mostly a concession to modernity – is to access to services of general economic interest in Article 36, which echoes Article 16 of the Treaty. The latter provision, however, is notoriously a treacherous one, whose scope is clarified by reference to the context of the Treaty and by the specific provisions recalled in Article 16 itself. In the Nice Charter, which does not codify the same principles, the reference to services of general economic interest lends itself to much less liberal interpretations.

These omissions of the Charter and its purely political and social vision are a source of concern. It is odd that such a detailed and purportedly innovative instrument completely ignores these fundamental aspects. Without wanting to appear lacking in social consciousness and respect for the rights of children, invalids, the elderly and intellectuals, economic rights are arguably just as important since, in their absence, all the others would be left without real meaning. Where they have been practiced and not only proclaimed, fundamental rights have always been closely associated to economic freedom and well-being.

The silence on the subject of these rights cannot be justified on the grounds that the Charter was intended to deal only with social and political rights. If the aim is a modern and useful instrument at the level of the Union, this must be well balanced and comprehensive, and certainly cannot omit economic rights which are an essential element of the *acquis communautaire*. The adoption of the Charter provided an ideal occasion to restate the fundamental principles in the economic field, alongside other rights, of course. Indeed, it afforded the opportunity to lay them out in greater detail, taking into account their evolution through the case-law of the Court of Justice and the practice of Community legislation.

Nor can the omission be justified because the rights in question already form part of the fundamental principles of the EC Treaty. Their elevation to fundamental principles also in the context of the Charter would have been essential. The Charter does not aim merely to proclaim high-flying general principles, as is demonstrated by its level of detail on certain subjects and by the fact that it does not hesitate to restate principles, some of which of considerably lesser weight than the ones considered here, which are already included in the Treaty. Viewed against the absence of strong emphasis on economic rights, the detail on other subjects easily invites dangerous interpretations, foremost amongst which the one that the lack of mention in the Charter indicates that economic rights are less important, not fundamental, perhaps even dispensable.

It would be equally wrong to explain the omission by the fact that economic rights are by now acquired rights within the European context. Nothing, in fact, is ever permanently acquired, and also in the field of economic liberalization regression always lies in ambush. The risk is even more serious in the wake of the enlargement of the Union to States for which, given their history, the values of the liberal economy, free movement and competition are probably even less innate and taken for granted than they are for the present members.

The failure by the Nice Charter to stress the importance of economic rights is thus a regrettable example of the apparent fall in the tension towards liberalization and economic freedom which so far has stood the Community in good stead. It can only be hoped that this failure will be remedied in the future European Convention.

B. The second example of the possible loss of momentum of the drive towards liberalization can be found in the evolution in the sector of so-called public services. As is well known, at the outset the Community's attitude on the subject was extremely cautious, even reticent one could say. Only at the end of the Eighties and more aggressively in the Nineties did Community law begin to address this area, making it the main target of its action after the completion of the internal market in the "traditional" sectors. This goal was achieved through the elimination by the Court of Justice of the strong presumption of legality of exclusive rights, the typical instrument used by States to provide public services, and by means of the legislation which imposed the abolition of exclusive rights and introduced liberalization in the main public sector activities, such as telecommunications, energy, air and rail transport, postal services. Contrary to the fears of those who contended that liberalization would result in a step back in the tradition of public service particularly valued in some member States, liberalization actually went hand in hand with an increase in the standards of public service, as is demonstrated especially in telecommunications. The directives in this sector explicitly enshrined the principle of "universal service", which elevated quality of service, geographic coverage and affordable prices to Community goals.

From purely national goals, which could be used to counter the operation of the fundamental principles of Community law under Article 86, paragraph 2, or of the general interest exceptions to the rules on the fundamental freedom, these goals thus became Community goals, as such binding on all member States. This evolution has been codified on a general level by Article 16 of the EC Treaty which recognizes the "place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union".

This innovative approach appears to lead to a satisfactory balancing of two sets of values traditionally viewed as being in conflict, i.e. the values of the free market and liberalization on the one hand, and those of public service on the other. Nothing seems to have been lost in the transition from the old set-up to the new : in telecommunications, for instance, the availability, quality, variety and cost of services have unquestionably improved enormously since the advent of liberalization, and there is no indication that this has occurred at the expense of the values considered to be protected by the old public service. It would be difficult to dispute that the same evolution has taken place in other public service sectors directly affected by Community law.

Overall, therefore, it seems that the intervention of Community law in these sectors has had a positive effect. Actually, it should probably be recognized that, without the intervention of the Community, this evolution would not have taken place, at least not with the same momentum.

The question now is whether liberalization can proceed further, going deeper in sectors already touched by Community legislation and extending to new sectors

(e.g. local services), or whether a slackening of the momentum is to be expected. As mentioned above, there are signs that the latter may be the case.

There appears to be a growing resistance on the part of member States towards Community action in these sectors. At times this is based on the purported absence of a clear legal basis for such action in this sphere. Until now the Community has acted on the strength of its powers of harmonization for the creation of the internal market, or pursuant to the general principles on the four freedoms [2] as well as to Article 86, paragraph 3. Some contend that these powers may no longer be (or perhaps never have been) sufficient to proceed along this route, since the scope of liberalization would seem to go beyond the simple enactment of the four freedoms because it impinges on the "way of life" of the citizens of member States, thereby ultimately implying "political" choices for which the Community lacks competence [3]. The ambiguity of Article 16, with its reference to "the respective powers of the Community and the member States" can of course lend support to such views. The same ambiguity can be found in the Commission's notice on services of general interest, with its recognition of the freedom of member States to define "what they regard as services of general economic interest" subject only to the control for "manifest error" [4].

The resistance comes also from those who contend that liberalization has not produced its fruits and has not lived up to expectations; that the abolition of (mostly public) legal monopolies has given rise either to private *de facto* monopolies, and consequently to the depletion of public resources, or at least to dominant positions or to oligopolies where collusion is endemic; that the barriers for new entrants remain high; that the benefits for end users are slight; that, given their size, the investments required in these sectors cannot be financed in a competitive environment; that, because of the vital importance of the services in question and of the ensuing risk for the general interest of a failure of the undertakings that provide them, the ultimate outcome will always be financial intervention by States; and so on. The implication is that liberalization, or the reliance on purely economic considerations and on private initiative, is not appropriate in these sectors where it is felt that State intervention, at least in the form of very intrusive regulation, is and will always remain indispensable. This type of criticism comes from many different directions, including in some cases from the new entrants who – albeit by definition favorable to liberalization – tend to advocate forms of "controlled" liberalization.

Another type of obstacle to complete liberalization, and to a retrenchment of national competences, would seem to stem from Community legislation itself, as is demonstrated by the new telecommunications regulatory package. In the first generation of directives it was foreseen that with the progress of liberalization there would be a step back from regulation from above, at the hands of the national regulatory authorities, in favor of a greater reliance on the *ex post* application of competition rules as opposed to *ex ante* regulation imposing asymmetric obligations on operators designated as having significant market power. The new regulatory package has not lived up to this expectation, and as a matter of fact the role of regulation and the scope for the intervention, and the discretion, of national regulatory authorities, seems to have increased considerably [5]. Even this is considered insufficient by some, and the

paradox is that it is now the incumbents which are more liberal whilst the new entrants tend to support a strong role for the authorities.

The subject is obviously daunting, fraught as it is by the interplay of multifarious economic and political factors. It would be naïve to expect that liberalization, or the reduction of State intervention or of regulation, is always possible or always provides viable solutions, or that in all cases a reduction of the role of member States in favor of that of the Community is an option, or perhaps even desirable. However, neither this nor the fact that liberalization may still be suffering from infant diseases (the difficulty in eliminating dominant positions, the emergence of oligopolies, even the difficulties experienced by some operators) is of itself a reason to reject it outright.

Even where liberalization and private sector initiative prove not to be the ideal solutions, there is much merit in seeking the solutions for such exceptional situations at Community level, and in Community law. So far, the role of the Community has been crucial. It has been the indispensable driving force to address a sector of extreme complexity and ridden with rules which, although at the outset admittedly aimed at the protection of public interests, with time had largely become tools for the protection of vested rights and would have been difficult to modify due to the member States' reluctance individually to accept far-reaching changes. Despite apparent imperfections in the results, progress has been considerable.

It is highly doubtful that putting matters back in the hands of the member States can ever be the appropriate solution. The original systems based on purely national legislation were far from perfect, and often failed to deliver on their promises, especially in terms of efficiency and quality of service and overall cost (to the cost for end users, which admittedly was often low, there had to be added the cost to the community, also in terms of lack of development of adequate service levels). All the more so in a world of increasing complexity and interactions, a return to the reliance on the competence of member States is bound to result in a fragmentation of the legislative and regulatory framework, which is hardly likely to further the overall interest, and ultimately that of the member States themselves. More realistically, it is bound to bring any drive towards modernization to a halt and to spell the death of the internal market and of all the related benefits.

It is therefore preferable that – despite the inevitable "political" implications – the fundamental choices regarding the issues liable to affect the overall framework of economic activities be taken at Community level, with all the inherent compromises, than that they be left to member States. Past experience shows that, although on the face of it the option in favor of the single market was based essentially on economic considerations, it has been highly successful, and has brought advantages, on all levels.

In any case, one should not exaggerate the impact of the changes in life styles and on the specificities of each Member State liable to result from a continued intervention of the Community in the sectors discussed here. *Si parva licet componere magnis*, it should be remembered that dramatic changes in life styles and the loss of traditional values were feared when other apparently significant innovations were introduced by Community law, such as those relating to the process for making beer or to the freedom to sell pasta made from soft grain, which at one point seemed on the point

of destroying the national identity and pride of the Italian nation. The overall benefit in terms of general well-being probably outweighed this discomfort. The arguments against the changes that may result from further liberalization of sectors so far shielded from Community intervention may well prove to be of similar import.

As to the argument that the Community may lack the powers to proceed further on the road to liberalization because this involves "political" changes, and not merely the implementation of the economic underpinnings of the EC Treaty, suffice it here to say that the same argument has been made time and time again whenever the principles of the four freedoms or of competition law had the effect of removing important national legislation. As the case law of the Court of Justice testifies, there is of course a delicate balance between the application of the principles of Community law and the exceptions thereto which protect the interests of the States. Nevertheless, the breadth of the objectives of the Treaty and the powers of the Community to further them are such that there is probably considerable more scope for Community action also in the areas traditionally considered to fall under the heading of public services.

The possible exhaustion of the Community's drive towards liberalization, and of a centralized vision of the basic issues with economic implications, and a reinforcement of the prerogatives of Member State in this respect would thus be very bad news for Europe, especially on the eve of enlargement.

Of course the solutions may not necessarily be the same ones as in the past. There may be a need to come up with new and creative solutions (much like when the method of mutual recognition was devised to permit the construction of the internal market). These cannot obviously be addressed in the present context, but perhaps one very marginal example might be submitted. As mentioned above, it is contended that the preeminent role still attributed to regulation in the new telecommunications framework is justified also by the alleged inability of the *ex post* application of competition law to prevent or correct the abuses by operators with significant market power. If the problem lies largely with the mechanisms for the implementation of competition rules (and notably with the complexity and the duration of the relevant proceedings) rather than in shortcomings of the rules themselves, one wonders whether a solution might not simply be to improve and simplify these mechanisms. A model could be provided by the dispute settlement procedures contemplated by Articles 20 and 21 of Directive 2002/21/EC, the so-called framework directive. Although these provisions are extremely poorly drafted and give rise to a host of problems of interpretation (as well perhaps as of compatibility with fundamental rights), the underlying idea of providing quick and efficient dispute settlement procedures is in itself highly commendable. Should mechanisms of this type be given a greater role, their inevitable imperfections with respect to full fledged procedures before courts or competition authorities could well be outweighed by a reduction of the role of regulation which they could make possible.

Notes

[1] See judgments C-41/90, *Hofner and Elser v. Macrotron*, *ECR*, 1991, p. I-1979 ; C-55/96, *Job Centre, ECR*, p. 1-7119.

[2] See for instance the Commission's interpretative communication on concessions under Community law, *OJEC*, n° C 121, 29 April 2000, p. 2.

[3] For this view see F. MUNARI, "La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale", *in Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 39 s.

[4] Communication from the Commission – Services of general interest in Europe, *OJEC*, n° C 17, 19 January 2001, p. 4, at par. 22.

[5] See. L. G. RADICATI DI BROZOLO, "Il nuovo quadro delle telecomunicazioni : Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria", *in Mercato, concorrenza e regole*, 2002.

Legal Aspects of European Capital Markets Integration

Antonio Sáinz de Vicuña [1]

A. The Lack of Integration of European Capital Markets Four Years after Monetary Unification

The third phase of European monetary union started with the introduction of the euro on 1 January 1999. The legal act that introduced the euro was Council Regulation 974/98 of 3 May 1998 [2], Article 8(4) of which provided for a wide redenomination of the capital markets of eleven Member States into euro [3]. This move to uniformity of the unit of account that the capital markets operated under was a necessary step towards integration of those markets. On 1 January 1999 therefore a very wide redenomination of listed securities and organised markets into euro took place. This step however has proved insufficient: almost four years after the introduction of the euro [4], an assessment of the integration of European capital markets is negative. Despite the currency union, the capital markets of the euro area are still basically national in character.

The degree of integration may be measured by several means. It is submitted that the combination of the following criteria provides a realistic estimation of the integration of capital markets:

— the "law of one price": for equal products and equal risks, there should be an equal price. This entails a sufficient degree of cross-border activity in the primary and secondary markets in order to eliminate any divergences in the pricing of equal products;
— a "level playing field" in the availability of financial instruments: a similar, if not identical, range of financial instruments should be available to all market players (i.e. issuers, investors, intermediaries, exchanges, clearing houses, depositories,

settlement facilities, etc.). Where empirical data show structural asymmetries in specific markets, such level playing field has not normally been achieved; and

— the institutional dimension: integration should mean that the new euro area-wide multi-national dimension of the capital markets is accompanied by the existence of currencyzone-wide multi-national economic agents, undertakings, organisations and structures acting across the euro area.

It is submitted that the application of the above criteria to European capital markets leads realistically to the conclusion that European capital markets are not yet integrated.

1. The Evidence

This paper does not purport to go beyond its legal remit. However, some data seems to be necessary to provide evidence of the fact that almost four years after monetary unification European capital markets are not yet integrated. The considerations below are purely illustrative, and do not attempt a scientific and comprehensive analysis of a very complex state of affairs.

a) The "Law of One Price" Criterion

Looking initially at the *secured money market*, i.e., where money is lent between banks against the temporary transfer of title to securities (the so-called "repo market"), empirical evidence shows that pricing differences [5] of up to six basis points still persist. This is due in part to the fact that there is no single unified repo market, but rather twelve national markets with some marginal cross-border trading. Although there is a general trend towards more cross-border use of collateral through the progressive establishment of functional and legal "links" between securities settlement systems, there is not yet a euro area-wide collateral market; only a series of connected national collateral markets. Thus, the "law of one price" criterion has not yet been met.

Turning to the *sovereign bond* market [6], differentials in the spread of public bonds remain [7] very close to the spreads prior to monetary union. To a degree, such differences are inevitable, reflecting differences in the product itself, primarily liquidity, however the fact that the spreads remain so similar to four years ago, despite the greater similarity of product brought by the common currency, shows that the inertia working against changing the concept of national markets is strong, and cross-border activity is not yet sufficient to bring convergence towards the same price for the same product.

Finally, the *mortgage bond* market can be considered, the volume of which is greater than the public debt market. The most important mortgage bond in Europe is the German "*Pfandbriefe*" market. This instrument's excellent rating, sound performance, market depth and liquidity have produced a pricing that is normally below the Euribor rate. All other mortgage bonds are priced above the Euribor rate. Again therefore, there is a structural pricing differential among national mortgage bond markets, and once again, the "law of one price" criterion has not been met.

b) The "Level Playing Field" Criterion

Is there a "level playing field" in the *secured money market*? The answer is negative: there is not equal availability of money market instruments throughout the currency zone. The short-term paper which is traded in the money markets is far from being equally available to market players, and the data [8] shows important asymmetries. The most important market for euro denominated commercial paper (CP) is located in France. Euro-denominated CP is also issued on the London market as so-called euro-commercial paper (ECP), where the euro is just one of several currencies of issue. The amount of CP issued in France is slightly above that of ECP. Putting aside London however [9], the size of the French CP market is approximately four times the size of the next regulated CP market, in Germany; and in other euro area Member States the CP market is either very small or non-existent. Turning to the market for certificates of deposits (CDs), which is short term paper issued by credit institutions fully backed by cash deposits, a similar conclusion is reached: the size of the French CD market is thirty times the volume of the German CD market and sixty times the size of the London CD market. Finally, looking at the figures for medium-term notes issued by the public sector and credit institutions (MTNs), which are also widely traded in the interbank money market, it appears that the Italian MTN market is twice the size of the French or the Spanish MTN markets, and that in other countries the MTN interbank market is very limited. All in all, an assessment of the second criterion of market integration, that all instruments should be equally availability to all market players, must conclude that this criterion has not been met. Amongst other reasons, legal, taxation, settlement, and other institutionalised differences impede the cross-border integration of these markets.

Looking at the *sovereign bond* market with respect to the availability criterion, although all Member States do issue bonds, it is striking that six Member States [10] have together more than 93% of the total sovereign bond market of the euro area. It can also be seen that niche markets appear primarily to have developed at a national level, for example the main bulk of floating rate notes are issued by the Italian treasury, and inflation-indexed bonds are issued only by the French treasury. Thus, asymmetries continue to exist.

Asymmetry in the *mortgage bond* market is even more striking. Whilst the German *Pfandbriefe* market exceeds EUR 1,000 billion [11], the combined volume of all other mortgage bonds issued in the euro area is less than EUR 60 billion. Four euro area Member States [12] have no significant mortgage bond market at all, and one non-euro area Member State alone (Denmark) [13] doubles the entire volume of euro area mortgage bonds if German *Pfandbriefe* are excluded. Recent legislation in some Member States [14] however may facilitate a trend towards the relative balancing within the euro zone of mortgage bond issuance.

c) The Institutional Criterion

With regard to the last criterion, multi-national consolidation of capital market players, the ECB has observed [15] a trend in the *money markets* towards the concentration of activity among a number of major market players, however without

any significant institutional cross-border consolidation so far. The players are still the big players of each national money market.

In the euro area the banks are the most important players both in the *money markets* and in *investment services*. Consolidation in the banking industry has mainly taken place domestically, with only a few examples of cross-border consolidation [16] and the only pan-European banks remain non-European [17]. National legislation, for example on disclosure and control of significant shareholdings of credit institutions, concentration procedures and public offers for acquisition of shares [18], and abuse by national authorities of the concept of "national legitimate interest" within Community legislation [19] has allowed Member States to oppose projected cross-border mergers and provided legal underpinning for a protectionist attitude [20] that has not favoured the emergence of pan-European credit institutions.

Taking into account that branches of banks of non-domestic EU countries hold less than 5% of total domestic assets in ten of the twelve euro area Member States [21], the conclusion must be that cross-border banking consolidation remains limited. There is however at least one element of optimism : the EU average of total equity ownership by foreign banks of the capital in local credit institutions is 23% of total banking capital [22], which shows a relatively high degree of internationalisation of the banking sector in Europe, and the trend is towards further growth.

Finally, the institutional consolidation of *equity markets* can be considered. Until monetary unification the London Stock Exchange was the only stock exchange in Europe with a significant proportion of listings of foreign equity issuers. Following redenomination in the euro area into euro of both the capital of most big corporates and the unit of price quotation in organised markets, a process of functional consolidation of organised markets has developed [23], triggered by the demutualisation process of exchange organisations. Also, electronic exchanges have emerged which target cross-border trades [24], taking profit from remote access and remote membership as authorised in the late nineties by the Community's Investment Services Directive. Finally, in the derivatives sector some institutional cross-border consolidation of organised markets has also taken place [25]. Thus, a trend towards consolidation of intermediaries in the equity markets can be perceived, whereby large financial intermediaries are steadily replacing smaller domestic intermediaries on the equity markets [26], with an accompanying decrease in average fees.

It needs to be said that such cross-border consolidation of organised markets has only been organisational and functional, rather than legal. Unification has taken place, for example in decision-making bodies, computer platforms, quoting of prices, rules and standards and fees ; however the "merged" exchanges have retained independent legal personalities and their own legal frameworks. Similarly, national supervisory structures and regulatory frameworks remain in place, although the relevant authorities have generally concluded special arrangements such as memoranda of understanding in order to co-ordinate their activities.

2. The Reasons

The world of capital markets is a regulated world in which public interest dictates that the appeal to the public savings may be made only under the constraints imposed

by mandatory law. National currencies established natural frontiers between national capital markets, and despite the achievements of minimal European harmonisation, a whole range of national rules still separate Europe's capital markets. The advent of the euro eliminated merely the natural frontiers, leaving differences in legislation as the final frontier. Law is now the last barrier to integration and, as one central bank economist commented, "after EMU, law has lost its irrelevance". This was also the conclusion of the Committee of the Wise Men on the Regulation of European Securities Markets [27], which was endorsed by the European Council in Stockholm in March 2001. Moreover, it is the *Leitmotiv*, if not the *raison d'être*, of the Commission's Financial Services Action Plan (FSAP), a legislative roadmap designed to enhance integration of Europe's financial markets containing specific plans for the capital markets [28].

The current state of affairs is far from satisfactory: differences in national legislation have not diminished since the start of monetary union. National legislators have suddenly discovered that their national financial markets have to compete with other national markets within the currency area, that they cannot rely on the natural and protective boundaries that national currencies previously provided, and that the mobility of money and dematerialised and remotely-accessible financial services are a danger to the survival of their local market structures. Regulatory arbitrage is becoming fashionable, and financial legislators are increasingly acting in a manner designed to attract new business or to retain existing activity [29]. In addition, the biggest financial centre in the EU, the City of London, does not belong to the euro area. This has created a temptation for UK authorities to promote the City as an off-shore financial centre for the euro by the enactment of user-friendly regulation, whilst at the same time opposing attempts by euro area governments to integrate euro area capital markets and thus compete with the City. Although it may be argued that such legislation revamps and modernises markets, it is submitted that regulatory competition in the financial world both works against market integration and is intrinsically detrimental. To avoid regulatory arbitrage there is a need for regulatory harmonisation and institutionalised co-operation by both regulators and prudential supervisors. If Europe wants to have single integrated euro area-wide financial markets, there is a need for all of its potential components to play by the same rules.

The conclusion to be drawn from the above is that the euro would have been a decisive element in the integration of financial markets were it not for the legal and regulatory barriers that still indirectly protect national markets. Given the absence (or insufficiency) of euro-wide common regulation, there remains competition between the financial centres of the euro area. Regulatory arbitrage is an unsatisfactory and detrimental development that works counter to the integration of Europe's capital markets, and it is to be hoped that monetary unification will sooner rather than later lead national regulators to work within harmonised European rules.

B. The Current Community Approach to Integrate European Capital Markets and its Limitations

1. The FSAP [30] *and the Lamfalussy Methodology*

The FSAP contains a list of necessary EU legislative actions the aim of which is "to remove the most significant barriers to the single market". It deals primarily with the changes to be introduced to existing directives and also outlines some new directives – a total of some 40 pieces of legislation. The FSAP does not deal with the question of appropriate legislative methodology, and so it contests neither the traditional Community approach (focused on removing legal barriers rather than providing common rules) nor the continuation of the use of directives as the appropriate legal instrument.

The appropriate legislative methodology for creating a single market in financial services was dealt with by the Ecofin Council by appointing a Committee of Independent Persons, the so-called "Wise Men", who were mandated to "propose various approaches to adjusting the practice of regulation and co-operation between regulators in response to current developments" [31].

The Report of the Committee of Wise Men, which was subsequently endorsed by the European Council, states that the current unsatisfactory situation arises from the present legislative methodology : "the greater part of the responsibility lies in the way the European Union legislation has been decided (or left undecided) and implemented (or not implemented). The problem is the system itself (...). The present system cannot produce quickly or flexibly enough the type of legislation that modern financial markets require". The report proposes a four-level approach :

— level 1 : "broad framework principles" to be adopted by normal EU legislative procedures ;
— level 2 : "detailed rules", for which two new committees were proposed, one a regulatory committee (the European Securities Committee, ESC, which will decide by qualified majority voting) and one advisory committee (the Committee of European Securities Regulators, CESR) ;
— level 3 : co-operation of EU securities regulators, aimed at consistency in national implementation of EU legislation ; and
— level 4 : strengthening of enforcement of rules, by close action of the Commission and national supervisors.

More than one year after the Report of the Wise Men, the two committees were established and the European Parliament agreed to the comitology procedure. However, legislation providing for "detailed rules" to be adopted by the ESC has not yet been adopted. On the contrary, current draft directives (supposedly at "level 1") are relatively detailed.

The Wise Men approach has produced an important problem already highlighted by observers [32], namely the lack of a clear delimitation between concept ("broad framework principles") and detail ("detailed rules"). This difficulty is exacerbated by the wish of Parliament to intervene in the drafting of legislation. Thus, Parliament does not consent to having only general principles in level 1 legislation, but insists on the inclusion of detailed rules.

2. The Traditional "Community Approach" for Achieving the Internal Market

The traditional Community method used to achieve the "internal market" in cross-border free provision of services is founded on four basic concepts:

— "minimal harmonisation": directives set the minimum harmonised features that Member States would need to implement, whilst leaving Member States the discretion to establish additional features;
— "home country control": the law governing the provider of cross-border services, and the authority vested with licensing and supervisory powers, is of the Member State where the provider is established;
— "mutual recognition": "host" Member States recognise and give legal effect to the licensing and supervision produced by the "home" country; and
— "non-discrimination": national and non-national service providers must be treated equally except for measures adopted by "host" Member States to protect their "general good".

Neither the FSAP nor the Wise Men Report contested the traditional Community approach for the internal market. The FSAP merely lists necessary updates and enhancements for current directives, and new directives that should be adopted, and the Wise Men Report addresses the legislative methodology of adopting, amending and implementing financial regulations. The FSAP aims to abolish barriers, and the Wise Men aim to smooth the legislative procedure. Neither document note that existing EU financial legislation permits "host" Member States to ensure that interests based on the "general good" are protected, and thus to permit legal barriers to foreign service-providers – an unwarranted hangover of the pre-euro era.

It is submitted that the traditional Community approach is not sufficient to integrate European capital markets. Securities laws remain very diversified, and minimal harmonisation, together with the survival of the "general good" exception, permit Member States to keep diverging rules. This will not achieve the necessary legislative uniformity. Moreover, nor would it suffice merely to eliminate legal barriers: what is required is substantive harmonisation. This paper suggests that comprehensive harmonisation or unification of securities laws may be too ambitious a goal, but that it would be feasible and useful if EU legislation were to permit the EU-wide issuance and trade of certain "European"-type euro-denominated securities as an option for issuers and investors, namely of the kinds of securities that have already proved to be the most utilised. This optional approach would allow Member States to maintain national securities laws, yet provide the market with an alternative "European" option.

C. Conceptual Elements of a New Approach

1. Subsidiarity in the Context of Monetary Union

Article 5 of the Treaty enshrines the principle of subsidiarity: "[i]n areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action (...) only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community".

The Treaty of Amsterdam introduced a new Protocol on "[t]he application of the principles of subsidiarity and proportionality". This Protocol states that "[f]or Community action to be justified both aspects of the subsidiarity principle shall be met : the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by Member States' action (...) and can therefore be better achieved by action on the part of the Community".

Ideally in an integrated euro area-wide capital market, the rules of that market should be the same in all participating Member States. The legal definition and regime of securities, the legal nature of rights embedded in a security, the formal requirements for issuance, the modalities of placement, of property transfer and of other *iura in re* over securities and so forth cannot remain different if the objective of creating a single and integrated capital market is to be achieved.

To take a concrete example : the market for commercial paper. In an integrated capital market it cannot be the case that commercial paper is defined and treated as a normal security in Germany (and subject to all the requirements of securities issuance) yet not legally defined as a security in France. Such legislative difference has the consequence that the market for commercial paper is booming in France and only marginal in Germany. Moreover, it cannot be the case that in France commercial paper must have a minimum denomination of EUR 150,000, whilst in London the minimum required amount is EUR 40,000. This gives a competitive advantage to the London ECP market. If the market for commercial paper is to be integrated across the euro area, the definition and legal regime of that paper should be the same in all markets addressed by the issuer. The principle of a "level playing field" means that any issuer, wherever its place of incorporation or establishment, should benefit from the same rights of access to the market for commercial paper.

Another example is the case of the mortgage bond market. The most important reason for the enormous success of the German "*Pfandbriefe*" as compared with other national mortgage bonds is its legal construction. No other reason justifies it : the concept of a mortgage is the same all around Europe, and the value of German real estate is not the highest in the EU. A "level playing field" principle means that the legal construction that has permitted the success of the German "*Pfandbriefe*" must be available to any potential European issuer, regardless of location.

If account is taken of the subsidiarity principle, legislation on commercial paper or on mortgage bonds would be left to Member States, as is currently the case. However monetary union and the objective of integrating capital markets agreed at the highest European political level requires that a single set of rules permit the issuance and trade of commercial paper and of mortgage bonds (to use the above examples) similarly across all Member States. Such a single set of rules could be adopted in parallel through national legal acts by the fifteen Member States acting in agreement, however it is self-evident that it would be more efficient for such a single set of rules to be adopted by the Community.

The problem arises from the fact that such legislative uniformity deviates from the traditional Community approach : it is not abolition of legal barriers or minimal harmonisation ; it is maximal harmonisation. It is not mutual recognition of national legal acts ; it is European substantive legislation.

The Protocol on subsidiarity contains a prudent rule [33]: "[s]ubsidiarity is a dynamic concept and should be applied in the light of objectives set out in the Treaty". Such objectives include the achievement of the internal market for, *inter alia*, financial services. It is submitted that in the light of monetary unification the Protocol should be read as allowing for Community action in capital markets regulation aimed at providing the necessary uniformity of substantive rules. Or, in other terms: whilst subsidiarity entails a presumption *pro nationes,* in the specific domain of legislation related to the money and capital markets after monetary unification, at least in the basic parameters (or "broad framework principles" as termed in the Wise Men Report), the presumption should be *pro Communitate.*

How would this presumption apply? The Protocol states that "other things being equal, directives should be preferred to regulations and framework directives to detailed measures" [34]. In the specific domain of money and capital markets however, the hypothesis of using "framework directives" as the preferred tool is a recipe for legislative diversity. The Report of the Wise Men Committee stated [35]: "[r]egulations can speed up the implementation process because they are directly applicable in the Member States. The Committee considers that regulations should be used whenever possible".

If the Protocol were followed to the letter, the Lamfalussy (Wise Men) methodology would mean a series of some 32 legal acts to regulate one thing, i.e.:

— a Community level 1 framework directive;
— fifteen national implementation laws of the level 1 directive;
— a Community level 2 "comitology" detailed directive; and
— fifteen national implementation of the level 2 directive.

An issuer intending to issue bonds in the fifteen Member States would need a team of lawyers ascertaining not less than 30 sets of national legal acts. It is difficult to argue that unless regulations are used unless instead of directives, such a procedure would endanger progress towards the harmonisation of capital market rules and market integration. At least for level 1 legislation. At the very least it should be maintained that the broad framework principles must be directly applicable without any national implementation, operating as a kind of basic rules (as commercial codes are used in the context of detailed and secondary securities regulations). Broad principles are by definition the *ius commune* of capital markets, and should therefore be directly applicable. On the contrary, detailed level 2 legislation would be left for national implementation, thereby permitting the taking into account of national peculiarities.

2. Regulation and Self-regulation in the Services Related to Capital Markets

Neither the FSAP nor the Wise Men Report mentions self-regulation as a useful device to facilitate the integration of multi-national capital markets. Here, the American example is of paramount importance. In the USA the competence to adopt rules in the domain of securities is shared both between the federal and state level, and between the political (Congress and Government) and technical regulatory level (SEC). This complex institutional set-up functions because of the scope left for self-regulation in the Securities Act 1934, whereby self-regulatory organisations (SROs), competent across the whole US market, and recognised and supervised by the SEC,

have been able to adopt detailed rules and impose them on their members irrespective of their location. The system provides a hierarchy of levels, with the rules of the SROs below the laws and regulations of the federal and state levels, and of the SEC. Despite the diversity of regulators and supervisors, this self-regulatory model has evidently, and spectacularly, permitted an integrated market to flourish.

In theory, controlled or supervised SROs could allow for the adoption of uniform rules within the multi-national structure of the European capital markets. If one takes the case of Euronext for instance, where the Paris, Amsterdam, Brussels, Lisbon, and Porto exchanges, as well as London's LIFFE, have all merged to offer a single trading platform [36], it makes little sense that Euronext's activities are governed by the different national rules that apply in each of these five jurisdictions. It makes even less sense, and may in fact raise a multitude of concerns, that Euronext is regulated and supervised by at least five different regulators and supervisors, notwithstanding the good co-operation between them. Efficiency and legal certainty require that Euronext is governed by one single set of rules and submitted to a single regulator and supervisor. One of the possibilities to achieve this would be to allow for, as in the American model, a wide margin of supervised self-regulation. The Euronext Rulebook [37] would have to be approved by one single regulator/supervisor [38], but then such rules would be the only ones applying wherever Euronext traded. The same may be said of other cases of multi-national consolidation in Europe [39].

The American example however appears at first not to fit with the continental European tradition of top-down regulation [40]. The origin of this continental attitude is a conception of the "public good" that mistrusts self-regulation. This seems to have been the reason for the eloquent silence of both the Commission (in its FSAP) and of the Wise Men regarding self-regulation. However, the unique situation created by monetary unification argues against tradition and in favour of innovation. Top-down regulation tends to be slow, rigid, and inclined towards over-regulation. The market by contrast changes rapidly, and innovations are frequent. It is submitted that the best solution to the institutional difficulties of providing single rules to apply in a multi-national European market would be to admit a wide scope for supervised self-regulation. Self-regulation has no national boundaries, and may be the appropriate legal tool to govern the cross-border structures that monetary union demands. The current situation of competition between exchanges favours high-quality standards for self-regulation, and thus there should be no fear of abuse by demutualised exchanges. The details of, for example, listing rules, trading and brokerage rules, pre-trade and post-trade transparency rules, disclosure and reporting rules, settlement rules, and so forth, would all be better determined by the market itself, subject to official supervision and control, and to the broad principles that legislation should establish.

3. Optional Uniform Pan-European Rules and Instruments

The possibility of a European Securities Code has been increasingly mooted, for example by the Commission [41] and at the Congress of the International Federation of European Law (FIDE) held in Helsinki in June 2000, a year after the start of monetary union, which discussed the topic and concluded that it was in favour of such a code [42].

In fact, the elaboration of a code that provides uniform rules for all kind of securities in the EU and thereby replaces existing national securities laws seems an unachievable task. Unachievable and unnecessary. What is realistically suggested is that uniform European rules are made not with the overambitious aim of achieving a single and comprehensive securities code, but with the more limited goal of offering markets, issuers, traders and investors, specific kinds of "European" securities, governed by a single set of rules, that may be issued, placed, traded and settled simultaneously in several European markets. This would leave Member States' capacity to retain their own nationally-regulated securities intact. A European regulation on specific classes of securities, for example commercial paper or mortgage bonds, unifying their definition and legal framework, but with the benefit of being securities that may be placed and traded across the currency area (or even in London and other markets), would be a positive and useful progression towards integrating capital markets. A list of the types of securities that are traded most could be elaborated to this end [43].

The suggested concept of these "European" securities resembles the "*Societas Europaea*", or European company, created by the recently-adopted European Company Statute Regulation [44]. This offers economic agents the legal possibility to incorporate a company governed by European company law. The maintenance of national company laws by the Member States would not be affected at all. In this way a choice is created for entrepreneurs. The suggestion in this paper is to allow "European" securities, governed by European law, in a uniform manner, but without prejudice to the maintenance of national securities laws. It would be for each issuer to freely decide whether to use the "European way", or the "national way".

4. New Roles for the European Commission

One of the topics hotly debated in the recent past, and addressed by the Committee of Wise Men, was whether a European Financial Services Authority should be created to integrate European capital markets in the aftermath of monetary unification [45]. The Wise Men Report stated [46] cautiously that if the achievements of the Lamfalussy approach "did not have any prospective of success, it might be appropriate to consider a Treaty change, including the creation of a single EU regulatory authority for financial services generally in the Community".

In the meantime, and also in accordance with the Report of the Wise Men, the two comitology organs for capital markets legislation have been established : ESC and CESR. In addition, an inter-institutional monitoring group (IIMG) was created in July 2002 to monitor the progress made in the implementation of the "Lamfalussy approach". The IIMG's assessment may in 2004 trigger the rediscussion of the establishment of a European Financial Services Authority. Moreover, also in July 2002 the Ecofin Council decided to entrust the Economic and Financial Committee to elaborate, in 2002, a proposal for the supervision and regulation of all financial markets based on the Lamfalussy approach (i.e. the four levels identified in the Wise Men Report).

Thus, the Commission has in this context the following powers :

— initiator of level 1 broad framework legislation ;
— legislator for level 2 detailed legislation ;

— member of CESR for the co-ordination of the national implementation of levels 1 and 2 legal acts; and
— enforcer of Community legislation, together with national authorities (level 4).

Under existing schemes, all administrative functions related to the capital markets remain totally at national level. The Commission is only a legislator or policeman, with no administrative function. Article 211 of the Treaty permits the vesting of powers in the Commission by the Council. Without the need to embark in the difficult constitutional project of creating from scratch a European Financial Services Authority, certain functions could be vested in the Commission by the Council, thus using the existing institutional framework and without Treaty changes. If the above suggestion to permit the optional use of "European" securities were followed, such functions could include ensuring the homogeneous administration by national authorities of such securities. If the above ideas about widening the scope of self-regulation were adopted, such functions may refer to the recognition or chartering of multi-national self-regulatory organisations, perhaps following the American 1934 Securities Act SEC model. Alternatively, and maintaining the status quo, the Commission could be vested with some administrative functions relating to the European dimension of tasks currently undertaken by national securities authorities, which could still be retained at the national level with the pan-European dimension provided for by the Commission [47].

Whatever the appropriate methodology proves to be, the goal is clear. If Europe's myriad capital markets are to truly integrate, the facilitating of common registration or listing of securities simultaneously in several jurisdictions is necessary as are common rights of access, similar disclosure and transparency requirements, and equal access, in form and substance to the relevant information necessary for trading securities in the EU's fifteen jurisdictions. A level playing field demands nothing less, and there can be no integration of capital markets in Europe unless a true level playing field of equal rights and opportunities for all market players, regardless of location, exists throughout the continent. The evidence is clear: four years after monetary union, capital markets are still overwhelmingly national in character, and the principle reason for this is the legal differences of the Member States. Whilst a comprehensive uniform securities code is neither possible nor desirable, other pro-active measures are needed to progress the integration of the capital markets, for example: permitting the issue of "European" securities alongside their current national counterparts; streamlining European legislation in this field through speedy and full adoption of the Lamfalussy approach; and a wider use of self-regulation. Such measures are permitted indeed demanded by the Treaty, and the adoption of these or similar measures, stands as the test of how far the EU is prepared to go in fulfilling the potential of monetary union by integrating its capital markets.

Notes

[1] The author is the General Counsel of the ECB. The views expressed in this paper are personal and do not necessarily represent the views of the ECB.

[2] *OJEC*, n° L 139, 11 May 1998, p. 1-5.

[3] The euro area only became 12 Member States on 1st January 2001 upon Greece's introduction of the euro.

[4] This paper was finalised in September 2002, i.e. three years and nine months after the introduction of the single currency.

[5] The data is based on *ECB Euro Money Market Report* of June 2001.

[6] The data in this paper is taken from the *ECB Bond Market Report* of June 2001.

[7] On the benchmark 10-year German Treasury Bond, differentials in 2001 have gone up to 38 basis points for the Italian equivalent bond, 30 basis points for the Spanish and up to 15 basis points for the French 10-year treasury bond.

[8] See the data in *ECB's Money Market Report* of June 2001.

[9] The London ECP market is a non-regulated market.

[10] Italy, Germany, France, Spain, Belgium and the Netherlands.

[11] Although this is still well below US mortgage bond market whose volume is of some EUR 2,200 billion.

[12] Ireland, Greece, Italy and Portugal.

[13] With a volume of some EUR 130 billion.

[14] In Spain, France, Italy and Ireland.

[15] *ECB's Money Market Report* of June 2001.

[16] Some examples being: HypovereinsBank and BankAustria; ING and BHF; Fortis and Société Générale; Dexia (Crédit Communal de Belgique and Crédit Local français); and NORDEA (Merita Bank – Finland – and Unibank – Denmark – and Nordbank – Sweden).

[17] Like some American banks (i.e. Citibank, Morgan Chase, etc.).

[18] For instance, in the failed tri-partite merger BNP – Société Génerale – Paribas throughout 1999 foreign "white knights" were kept at bay by the competent authority, the Comité des Etablissement de Crédit et des Enterprises d'Investissement – CECEI.

[19] In Article 21.3 of Council Regulation 4064/89 on the control of concentration of undertakings. That was the case, for instance, of the decision by the Ministry of Finance of Portugal, of 18 June 1999, opposing the take-over of the Champalimaud financial group by the Spanish bank BSCH, which lead to a case before the ECJ that was stopped by the Commission following a transactional arrangement between the concerned parties.

[20] The so-called policy of promoting "national champions".

[21] In Luxembourg and in Ireland the assets of branches of foreign EU banks is well above 10 % of total domestic banking assets.

[22] In Luxembourg the average foreign share of the capital of local banks goes beyond 50 %; in Ireland, Finland and Belgium the foreign share is around 30%.

[23] The most relevant example being Euronext, a functional merger of the exchanges of Paris, Amsterdam, Brussels, Lisbon, Porto, and London's LIFFE. Other examples of cross-border consolidation outside the euro area but which also trade euro-denominated securities are: Virt-X (London's Tradepoint with Swiss SwX); and Norex (exchanges of Stockholm, Iceland, Oslo and Copenhagen).

[24] The most relevant being CoredealMTS, licensed by the FSA in London, trading mainly euro-denominated debt securities (but also in other currencies), and associated to EuroMTS (the trading platform for euro-denominated public debt based in London). There is also NASDAQ EUROPE, a subsidiary of the US NASDAQ stock exchange, which is located both in Brussels and London and offers pan-European listings.

[25] The most relevant examples being Eurex, the functional merger of the Frankfurt and Zurich derivatives markets, and the integration of London's LIFFE into Euronext organisation.

[26] The ECB has estimated that the top ten intermediaries dominate some 60 % of the European investment banking markets.

[27] See Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets, Brussels 15 February 2001. "Absence of clear Europe-wide regulation", "Inefficient regulatory system", "Inconsistent implementation" of directives, "differences in the legal systems", "differences in taxation", "the necessary European rules are missing", etc. is the typical language of the Wise Men report, whose conclusions recommend a swifter mode of European legislation to overcome problems.

[28] See Commission Communication COM (1999) 232 of 11 May 1999 : "Implementing the Framework for Financial Services : Action Plan".

[29] A few examples : in Germany four laws ("*Finanzmarktförderunggesetze*") in the last decade aimed at promoting the German financial marketplace ("*Finanzplatz Deutschland*"), and two very substantive ones in 2001 (new central bank law and the establishment of an "*Allfinanz*" regulator and supervisor) ; in Portugal, a brand new Securities Code in 1999 ; in France, a Law on netting in 2001; in Italy, a new supervisory & regulatory regime for the whole financial market ("*Testo unico*") ; in the Netherlands, a law on dematerialisation in 2001 ; and in the UK, a completely re-vamped supervisory and regulatory regime, with the establishment of the FSA.

[30] See footnote 28.

[31] Terms of reference for the Committee of Wise Men, adopted by the Ecofin Council on 17 July 2000.

[32] For instance : CEPS Report of 30 May 2002, "Securities Market Regulatory Processes in the EU and in the US Compared", www.ceps.be. Also, Y. Avgerinos, "Essential and non-essential measures : delegation of powers in EU securities regulation", *European Law Journal*, 8/2, June 2002.

[33] Par. 3.

[34] Par. 6.

[35] P. 26.

[36] Euronext advertises its aim of pan-European operations offering an integrated cross-border trading, clearing and settlement system comprising a single trading platform for equities, bonds and derivatives, a unified netting and clearing system (using its subsidiary Clearnet), and a unified settlement system (Euroclear, itself an amalgamation of several national securities settlement systems). In addition, Euronext has cross-membership agreements with the stock exchanges of Luxembourg, Helsinki and Warsaw.

[37] Euronext already has a Trading Rulebook, of a contractual nature, which is composed of a common part and separate national parts.

[38] Like, for instance, NASDAQ MarketPlace Rules, approved by the SEC. NASDAQ is an organised market that trades officially in 83 countries, including Canada and Japan, and in Europe.

[39] For example Eurex, Clearstream, Euroclear, EuroMTS, etc.

[40] There are two important exceptions to be made : (a) the City of London, whose financial markets have been organised since inception through self-regulation until replacement by the Financial Services Authority rules ; and (b) the Eurobond market, an off-shore market governed by the self-adopted rules of the industry organisation, the IPMA.

[41] In Commission Communication COM (2002) 257 on "Clearing and settlement in the EU : main policy issues and future challenges".

[42] See www.fidelaw.org, "Legal consequences of the single currency".

[43] Such list would include money market paper (Commercial Paper, Certificates of Deposit), Mortgage Bonds, Medium-Term Notes (MTNs), UCITS shares and securitisation

of assets. For public debt, issuing Member States might agree on a European-wide benchmark uniform regulation, so as to enable all Member States to simultaneously issue on all European markets.

[44] Council Regulation (EC) 2157/2001 of 8 October 2001, *OJEC*, n° L 294, 10 November 2001.

[45] See for example G. THIEFFRY, "Towards a European Securities Commission", *International Financial Law Review*, October 1999.

[46] P. 41 of the Report.

[47] For instance, by providing a common Internet site where information related to securities listed by national authorities could be obtained EU-wide ; a EU-EDGAR database ; etc.

Four Aspects of a Single Currency
A View of the Euro as Sole Legal Tender

René Smits

The following is based on a public lecture on the euro as sole legal tender given on Monday 28 January 2002, at the Universiteit van Amsterdam. This was the first day on which guilder bank notes and coins no longer had legal tender status under Netherlands law. It was at the Universiteit van Amsterdam that Jean-Victor Louis had been, back in 1996, a member of the committee overseeing the preparation and defense of my thesis on institutional aspects of the European Central Bank. For one of the three Benelux States, the date of the lecture marked the provisional end result of the process of preparations towards the introduction of Europe's single currency. In this process Jean-Victor Louis has played a prominent role in at least four capacities. As the general counsel of the National Bank of Belgium, as a professor of law, as an instigator of an academic research project on the single currency [1] and as an erudite and inspiring member of legal committees [2] among central bank lawyers entrusted with tasks in preparations for EMU.

I have had the pleasure and privilege to be in close contact with Jean-Victor Louis in these functions. It is with admiration for his legal skills and his professional perseverance as well for as his personal touch during these years of cooperation that I contribute this text – adapted from a public performance – to the Mélanges dédiés au Professeur Jean-Victor Louis.

A. Introduction

In this contribution, I would like to concentrate on four aspects concerning the euro as the single currency with legal tender status.

First, now that payments with coins and notes denominated in guilder are no longer legally valid, the issue of legal tender is topical. The concept of "legal tender" and how it relates to the rules on bank transfers, the area of so-called book money [3]

will be discussed. In this context, limitations on acceptance of coins and notes will be viewed from a legal angle.

Second, the status of the single currency will be reviewed. The public campaign in the Netherlands for the introduction of the euro may have led people to believe that, on a sunny or, rather, rainy day in 1991, Ministers from twelve European States happened to meet in Maastricht and decided on a common currency. The publicity campaigns by national authorities [4], and even by the European Central Bank (ECB) [5], sometimes overlooked the connection with the European Union, and its law, as the basis for the single currency. This calls for a few words on the place of the euro in the EU framework, and in the European Community legal order. Also, under this heading, the question of the legal status of the single currency, replacing, as it did, the national currencies on 1 January 1999, may be helpful. After all, there seems to have been a misconception about the euro having only recently been introduced, and a further one on its relationship with the defunct previous national currencies.

Third, some words will be devoted to economic policy coordination as envisaged in the EC Treaty and in the Stability and Growth Pact (SGP) based on the Treaty provisions. Here, again, a view seems to be held in some places that it is for the ECB to impose economic policies and budgetary restraint. For the euro to function properly, the economic union element of EMU should be well understood. The guardian of the single currency should not be seen, contrary to the law and practice of EMU, to have an overarching influence outside the proper domain of its independent action.

Finally, a few words may be in order on the future of the euro in the context of European integration. This author is not of the same opinion as the Netherlands Minister of Finance who was quoted as saying, when asked around 1 January 2002 about this, that he "was not of the department for a political union". One cannot overlook the fact that the introduction of the single currency in physical form has been brought about not only by the combined efforts of far-seeing politicians and hard-working central bankers, and many others alike. The euro's successful introduction, also, was the culminating point – thus far – of an on-going political and constitutional process. This contribution which focuses on legal aspects of the single currency (sub B, 1 and 2) and includes the economic union background (sub C) therefore concludes (sub D) with a few thoughts about the process of European integration and the questions that the euro poses for the emerging European federation.

B. The Euro

1. Legal Tender

a) From Invisible to Visible Money

What happened on 1 January 2002 was that a currency that had been in existence for three years became visible. It came to exist in physical form. Bank notes and coins were introduced, thereby providing the general public the means to make use of the euro in cash transactions. They had already been able to use the euro through the banking system. Actually, the euro was the only currency they had been using since 1 January 1999 whether payments had been in cash or in the form of "book money". After all, under the temporary provisions of the major regulation on the euro [6], the

national currency units were the non-decimal subdivisions of the euro [7]. Any payment in a national currency unit represented a payment in euro.

b) "Legal Tender" versus "Book Money"

The concepts of "legal tender" versus "book money" [8] often lead to confusion [9]. The first term, "legal tender", derives from the times that currencies only existed in physical form and any derivations therefrom (cheques, payment orders and the like) were not considered "money" in the proper sense of the word. "Money" used to be described as a chattel [10], as the late F.A. Mann, renowned monetary law specialist from London, does in his famous book, *The Legal Aspect of Money* [11]: "(…) in law, the quality of money is to be attributed to all chattels which, issued by the authority of law and denominated with reference to a unit of account, are meant to serve as universal means of exchange in the State of issue".

Certain chattels, i.e. certain notes and coins were, by law, to be accepted in payment of any debt of a monetary character. Thus, where a debtor owed his or her creditor a sum of money, this debt could validly be discharged by handing over the required sum of notes or coins.

The currency of denomination of the debt, say guilders, dollars or Indian rupee, decided which kind of notes (or coins) should be handed over. This concept of "legal tender" still exists today. Its meaning under EC monetary law will be discussed below. First, attention is focused on other valid means of payment in euro.

c) "Money" Defined

A proper start is the definition of "money". Money does not necessarily have to be defined so strictly in relation to its material, physical origins. Wider definitions of money may include the non-visible mode of money as an amount on someone's bank account. Under this wider definition, money includes claims that individuals have on financial institutions. Legally speaking, money is thus defined as including, apart from chattels, rights [12]. From an economic angle, money can be defined even more broadly, notably as "purchasing power in terms of wealth in general", to quote a Dutch author on monetary law [13]. It is submitted that legally, as well, one may define money broadly, namely as any means to discharge a monetary debt.

A "monetary debt" is an obligation to pay an amount of money. It contrasts with an obligation to deliver a specific performance [14]. When the obligation consists of paying an amount of a specified currency, or when the original obligation has been transformed into such a monetary debt (e.g., when damages are concerned for non-performance of the original obligation), payment may be made by either of two modes. One consists in the delivery of notes and coins denominated in that currency. This is the meaning of "legal tender". The other consists in payment through the banking system.

d) Acceptance of Payment in "Book Money"

As a rule, courts will accept payment through the banking system, i.e. without handing over notes or coins, as a valid discharge of a monetary obligation when such

bank transfers are customary. Similar rules may apply to other non-physical transfers of money, e.g. by cheque, credit card or by pin payments.

In at least one jurisdiction, that of the Netherlands, the legislator has specified that payment by crediting a bank account is a valid means to discharge a monetary debt. The Netherlands Civil Code provides [15] that, where the creditor has an account for bank payments in a State where payment must or may be made, the debtor can perform his obligation to pay a sum of money by having that account credited with the amount due [16]. This presumption of valid payments into a bank account may be restricted by a valid exclusion by the creditor of payment of debts into the account. It is further specified, in a rule highly relevant for commercial banking practice, that payment is made at the time when the account of the creditor is credited [17].

Section 6 : 114 of the *Burgerlijk Wetboek* is unique in providing a statutory right to pay by "book money", through the banking system. It is sometimes, wrongly, referred to as the Netherlands rule which makes bank transfers legal tender. I would prefer to restrict the use of the term "legal tender" for cash payments. I would call the rule on payment by crediting a bank account a provision on the valid discharge of monetary debts. As indicated before, the only exception permitted is when the creditor has "validly" excluded payments into his or her account. This is an indication of the legislator's intention that restrictions on cashless payments cannot be made without good cause.

e) Restrictions on Payment with Legal Tender in General

Returning to payment with legal tender, i.e. payment with bank notes and coins such as those introduced on 1st January 2002 and denominated in euro, the question arises which restrictions apply to the basic rule that "tendering" money and the obligatory acceptance thereof extinguishes a debt. Restrictions on the use of bank notes and coins have been adopted for reasons of public policy, transparency of financial transactions or combating of money laundering. A well-known example would be payments of large sums which need to be established formally (when passing over title to registered goods through a notary public, for instance).

Furthermore, the requirement of acting in good faith [18] may restrict the use of notes and coins, as when one cannot reasonably expect the creditor to accept a stack of bank notes or a sack of coins in payment of a large amount.

How is this regulated in respect of payment with euro notes and coins ? A discussion of restrictions on the legal tender status of euro notes and coins, if any, should enable one to answer the question of the legal validity of the notices restricting acceptance of bank notes which one sees at many places in the Netherlands. These notices show € 200 and € 500 notes and proclaim : "We won't give change from these" [19]. One should then also be able to assess the legal acceptability of the apparent advice by the Netherlands central bank to abolish one-cent or two-cent euro coins for payments in that State [20]. A precedent for such exclusion of the smallest monetary tokens exists in Finland where apparently the € 0,01 en € 0,02 coins have hardly been put into circulation and domestic legislation seems to provide that amounts are to be rounded off to multiples of 5 or 10 for any cash payments.

f) Legal Tender Status of Euro Bank Notes Pursuant to the EC Treaty

The EC Treaty provides that the bank notes issued by the ECB and the National Central Banks (NCBs) are "the only such notes to have the status of legal tender in the Community" [21].

As an aside, it should be noted that where the Treaty refers to the "Community" in the context of the single currency, mostly the participating Member States are concerned [22]. This means: all EU States except the United Kingdom and Denmark – which have an opt-out [23] in respect of the introduction of the single currency and appurtenant provisions of EMU –, and Sweden, which has a derogation for not meeting the convergence criteria for adoption of the euro [24].

This legal tender status of bank notes is repeated in Article 10 of Regulation 974/98. It is not specified what, exactly, is meant by that.

g) Legal Tender Status of Euro Coins

The legal tender status of euro coins does not derive from the EC Treaty. The Treaty limits itself to permitting Member States to issue coins subject to ECB approval on the volume [25] and EC Council "measures to harmonise the denominations and technical specifications of all coins intended for circulation" [26]. To this end, the Council adopted, and amended, a legal act [27].

The Council is mandated by the Treaty to issue such measures "to the extent necessary to permit their (that is the coins') smooth circulation within the Community". The main euro regulation [28] states that these coins are "the only such coins to have the status of legal tender in the Community", a sentence derived from the Treaty language on bank notes.

h) Community Law Exceptions to Legal Tender

Community monetary law itself contains several exceptions to the legal tender status of notes and coins. First, as a temporary exception, Member States are permitted by the main euro regulation [29] to rule on payment in notes and coins denominated in their previous national currencies for a period of up to 6 months after 1 January 2002. After that date at the latest, these notes and coins cease to be legal tender. Second, by way of permanent exception to the rule that euro coins should be accepted as legal tender, this same Regulation [30] provides that no one is required to accept more than 50 coins in a single payment [31]. The aforementioned restriction on the use of coins corresponds with similar rules on payment previously existing in respect of national currencies, for instance Netherlands guilder coins under the Mint Act (*Muntwet*) [32]. It should be noted that the ECB has issued a Recommendation that Member States that still maintain rules limiting the amount of coins denominated in a national currency unit that can be used in any single payment, abolish such rules. These national rules may lead to legal uncertainty and the ECB has, rightly, considered it her duty to advise Member States to avoid any misunderstanding on the scope of the legal tender status of euro coins [33].

A third restriction can be found in the preamble to the main euro regulation [34]. It states that restrictions on payments with notes and coins which Member States may have introduced for reasons of public policy are not incompatible with the legal

tender status of euro notes and coins as long as other legal means to pay monetary debts are available. Thus, restrictions on cash payments in order to verify the nature of transactions, or to combat money laundering, are considered valid. These restrictions on cash payments have not been harmonised yet. In my view, the EC Treaty provides a basis for such harmonisation. Article 308 may be used to this end. Article 123 (4), which permits the Council "also to take other measures necessary for the rapid introduction of the ECU as the single currency" might be used, as well. I recognize that an argument could be made that the latter legal basis was only available in the context of the introduction of the euro notes and coins and is exhausted afterwards. I favour a wider reading of this Treaty provision. Furthermore, I note that the recent regulation on payments in euro is based on Article 95 (1) EC [35]. Thus, three different legal bases can be said to exist to harmonise the public-policy restrictions on cash payments in euro.

i) Principles to Be Applied to National Rules in Respect of Payments with Euro Notes and Coins

Without such harmonisation of euro payment law, what is one to think of national rules and practices restricting cash payments in euro, other than those mentioned before? Several guiding principles should lead us in exploring this question.

j) Community Competence

The first is, to my mind, that monetary law has become an exclusive Community competence, with the transfer of monetary sovereignty to the EC level on 1 January 1999 (for Greece, that later adopted the euro: 1 January 2001) [36]. National law can only be applied when specifically permitted by EC law, such as was the case, by virtue of the transitional provisions of the main euro regulation [37], during the period 1999-2002, or when Community law is silent and economic imperatives require a rule.

k) Freedom of Contract

The second is that the freedom of contract is one of the elements of the EU constitutional order. This has been specifically recognized, in the context of EMU, by the Community legislator. A case in point is the continuity of contracts clause of the first euro regulation [38].

On the basis of this contractual liberty, parties to a contract may agree not to accept payment in cash. When the creditor has a bank account, the Netherlands Civil Code already acknowledges this, as we have seen. Parties may also agree not to accept certain bank notes, for instance because handling these would amount to security problems (gas stations) or would lead to difficulties in returning cash (supermarkets, shops). Seen thus, notices announcing that € 200 or € 500 notes are not accepted in payment, can be considered valid expressions of the free will of the parties. In more legal terms: such notices form part of the conditions for sale which the owner of a supermarket or flower stall may apply and which their customers implicitly accept when entering their premises for doing business.

Nevertheless, it would seem that there is a limit to these restrictions. When small denominations are at stake [39] or when coins are concerned, I would hesitate to call

these restrictions valid at face value. After all, to consider an extreme case, when many exclude payment with 3 out of the 7 bank notes, or of 2 of the 8 coins, the acceptance of these monetary tokens will diminish to a level incompatible with the notion of legal tender. The authority of the legislator is at stake here. The Community has provided that there will be bank notes and coins having legal tender status. The ECB, empowered by the Treaty, decided on a range of notes from € 5 to € 500. The Council, similarly competent by virtue of the Treaty, decided on coins ranging from € 0.1 to € 2. All these decisions have been taken recently (1998) and in common for the EU. When authorities of the Member States, or NCBs, declare that not all of these coins or notes should be accepted, the authority of the new monetary law is undermined when the ink on the bank notes is barely dry [40].

l) The Influence of Price Stability as the Primary Objective

Also, the acceptance of the 1 and 2 cent coins seems relevant from the view of price stability. These tokens have been introduced in order to avoid rounding up (or down) to 5 euro cent, as used to be the case in some Member States in terms of their previous currencies. These currencies for the most part had a (far) lower value than the euro, however. The possibility of fuelling inflation, even at such a limited scale, by *de facto* abolishing new coins seems incompatible with the price stability objective of the European System of Central Banks (ESCB) [41]. After all, abolition of the lowest unit of account leads to larger steps between prices. Moreover, it gives the impression that small units do not count, fuelling the already existing fear that the introduction of the euro will lead, or has already led, to inflation [42].

m) Unity of the Market

Doing so in a manner different from one Member State to another, thus leading to a unilateral abolition of the use of certain coins or notes, certainly is incompatible with the unity of the market. This principle has been upheld by the European Court of Justice (ECJ). I refer to an agricultural case having to do with Council measures intended to counter monetary disturbances (1975), when the ECJ stated that the unity of the market should always be taken into account and that any undermining thereof is contrary to the Treaty system [43]. Similarly, in a case concerning Article 100 A [44], the ECJ also emphasized the importance of avoiding national measures which unilaterally impose rules that diverge from the common rules adopted before at Community level [45].

After all, it is only in respect of the symbols of previous national sovereignty, the national currency units, that EC law permitted national legislators to continue their divergent courses. Regulation 974/98 leaves it to national law to determine the period of time during which notes and coins in the previous currencies could still be legal tender [46]. Only a political compromise in the Ecofin Council has led to a common latest date of 28 February that was 4 months ahead of the legal limit (1st July 2002). National law or practice also determines how long, and where, such former national notes and coins can still be exchanged for euro [47]. And national law provides what can be done with old bank notes: in some Member States these are "marked" to indicate

that they have become useless, whilst in other States no such procedure has been foreseen.

n) Community Legislative Acts Called for…

It would seem to me that any other legislative measure on payments should preferably be made at *Community* level [48]. The competence to act in this area could be derived from the same three legal bases as indicated before in respect of the public-policy restrictions on the use of bank notes. Article 123 (4), as said before, enables the Council to "take the other measure necessary for the rapid introduction of the ECU as the single currency (…)". Article 95 (1) may also play a role, here. Finally, Article 308 EC may be invoked.

o) … any National Draft Legislative Acts to Be Subject of ECB Consultation…

Any *national* measure on payments that might still to be prepared in spite of the predominant Community competence in this area, should be submitted for consultation to the ECB. This follows from Article 105 (4) EC and the Ecofin Council Decision of 1998 thereunder [49]. This prescribed consultation should give the ECB an opportunity to help make payments law uniform or at least mutually compatible across Europe.

p) ... and a Dutch Consideration to Conclude with

Let me conclude with a legal argument on the basis of Netherlands law : the provision on rounding off to the nearest amount of 5 cents has been scrapped from the Civil Code by virtue of the Euro Adaptation Act [50]. Thus, relinquishing one-cent and two-cent coins would be contrary to the provisions of the Netherlands Civil Code and to recent legislative intent.

2. The Status of the Single Currency

When quoting Treaty provisions that refer to the euro, the name "ECU" is used. This is the term employed by the Treaty for the single currency, and also for its predecessor. "ECU" is the acronym for "European Currency Unit", the name for the common denominator for amounts established in European policy-making. In such widely differing areas as agriculture, company law and banking law, ceilings or thresholds that were to apply Community-wide were denominated in this unit of account [51]. The value of the previous basket currency was derived from the national currencies that made up its composition [52]. All Community currencies, except those of the three most recently acceded States [53], were represented in the "ECU" basket currency. The basket consisted of a number of units of these national currencies, thus adding up to the value for the ECU [54].

The basket-currency ECU was in use for the three purposes of "money" : as store of value, as unit of account and a means of payment.

The use of the ECU in payments was introduced among the central banks of the EEC, as it then was, in the context of the European Monetary System (EMS), established in 1979. The EMS was created to keep the exchange-rate fluctuations between the currencies of many EC States within certain limits. It was a system of

fixed but adjustable parities around which the actual market rates could fluctuate within certain bands [55]. Policy adaptations or interventions in the foreign exchange markets were the tools used to keep the market value of the currencies within the prescribed bands. Any claims or debts resulting from such interventions were settled principally through the payment with ECUs that the central banks had been credited with in exchange for gold and dollars swapped with the European Monetary Cooperation Fund (EMCF) [56]. The ECU also functioned as *numéraire* within the EMS' Exchange Rate Mechanism (ERM), as the bilateral central rates between participating currencies were derived from central rates in ECU [57]. The EMCF was dissolved upon the start of Stage 2 of EMU when its functions were taken over by the European Monetary Institute (EMI), the predecessor of the ECB [58]. In the 1980s, a private ECU-denominated market came into being with bonds and bank accounts being denominated in the basket currency and payment services between private parties in ECU being offered between commercial banks. This "private ECU" was a market-introduced construction in which assets and debts were denominated in the ECU based on references to the official definition of the ECU.

As for the single currency introduced in 1999, its Treaty-given name, which referred to an old French coin (*écu*), was altered into "euro" by the Heads of States and Government meeting in the European Council in Madrid in 1985. This name change, effected for political reasons [59], is referred to in the preamble to the euro regulations [60]. The name change without a Treaty change has been unsuccessfully challenged before the ECJ [61]. The legal acts in which this name change was "ratified" were not subject to revision before the courts on the basis of a private citizen's complaint, not even one who represented the people in the European Parliament and had an ECU account [62].

The basket currency, predecessor to the single currency, was to become a currency "of its own" as soon as the national currencies had been abolished and replaced by it. As the EC Treaty puts it : the value of the basket currency was to "be irrevocably fixed" [63] and the ECU became "a currency in its own right" [64]. Any amounts previously denominated in ECU were to be read as denominated in euro at a rate of one euro to one ECU [65]. No longer is it defined in reference to constituent parts but it has its own intrinsic value, just as the dollar and, previously, the guilder. A dollar buys a certain value of goods or services. So did the guilder, and so does the euro nowadays. This is its internal value, the purchasing power of the single currency : its "worth".

Externally, that is in terms of currencies of third countries (Norway, Switzerland, the USA, Japan, India, *et cetera*), the euro's price is established though supply and demand. The international currency markets determine the exchange rate of the euro. Of course, the ECB and the Ecofin Council may try to influence the euro's exchange rate on the basis of the provision of the EC Treaty that is concerned with exchange rate policy [66]. However, in line with the Treaty's precept that not only domestic monetary policy but also exchange rate policy should serve price stability [67], there is agreement to make limited use of these powers only [68].

It is important to remember the distinction between the internal and external value of a currency. The "exchange rate", or the price of one currency in terms of another, should be distinguished from the internal purchasing power or price stability in the

currency area. The external value, or exchange rate, does have an indirect impact on the internal value: in so far as goods and services are bought from abroad, their prices influence the price level in the EU. With a relative low import ratio in terms of the EU's domestic gross product, a lowering of the euro's exchange rate [69] has a relatively mild impact on domestic inflation.

It is the domestic stability, the absence of inflation, which the EC Treaty mandates the ECB to pursue. Article 105 (1) makes it abundantly clear that the ESCB's primary objective is "to maintain price stability".

Having thus seen the link of the single currency to the previous basket currency (of which the euro is a 1: 1 replacement and a continuation in another form), what is its link to the previous national currencies which it replaced? The sole link is the so-called "recurrent link" of a fixed conversion rate at which these old currencies have been replaced on 1 January 1999 [70]. These rates [71] (1 € = NLG 2.20371 = BEF 40.3399, etc.) were the central rates of the EC currencies in the EMS. They had become the market rates at which the old currencies were traded at foreign exchange markets, these markets apparently showing a strong belief in the success of EMU since the exchange rates converged, just as the monetary and economic policies of the Member States had. The conversion rates have been irrevocably fixed. This means that any old bank note or coin exchanged later will be exchanged for euros at the relevant conversion rate. These conversion rates cannot change since the currencies in which the conversion rates are expressed have been replaced by the euro at these rates. They are the exit rates from their previous existence. The former national currencies are often referred to as "legacy currencies".

This state of affairs in respect of the legal status of the single currency has consequences for terminology. Literally, participating "in" the single currency is not a proper expression, as Member States "adopt" the single currency, thereby abolishing their national currency [72]. Even less accurate an expression has it that the British pound would "join" the euro, or "accede to" it. The pound may only, before being replaced by the euro, be linked to it in the successor to the EMS, the Exchange Rate Mechanism-II (ERM-II) [73]. This system links currencies of "out" Member States with the euro. Nowadays, only the exchange rate of the Danish crown is held between an upper and a lower limit in terms of the euro. Acceding to the eurozone implies meeting the so-called convergence criteria. One of these is the participation for a certain period in this ERM-II, so the Treaty requires [74].

Before the British pound joins the ERM-II, and certainly before it is replaced by the single currency, quite some water will run through the Thames. In the meantime, the euro is not, as was allegedly said by a minister of the UK Government, "just a foreign currency". It is the single currency of the EU, or at least of most of its Member States and the Community is bound to the establishment, forever, of monetary union [75]. Even though the United Kingdom may not have underwritten this part of Community law [76], it is member of a Union that itself did make the transition. It follows that the United Kingdom, and English law, should treat the euro as the currency of the Union. The euro is also the currency in which the EU budget is expressed [77], it is the unit in which EU competition fines or periodic penalty payments are expressed [78], and it is

to be charged for on equal terms in domestic and cross-border transactions [79]. Thus, it has a special status, apart from that of a currency of "any other nation".

C. Economic Policy

1. Concept of "Economic Policy"

The euro is the central element in the monetary plank of EMU. It functions against the backdrop of the economic union aspect of "EMU". After all, this acronym stands for : *economic and* monetary union. After a discussion of the legal aspects of the single currency, it is appropriate to turn briefly to the economic-policy side. In this context, I propose to use the following definition of "economic policy" : all policies of the public sector other than (1) monetary policy, which is the range of tools at the disposal of the monetary authority to influence the internal value of the currency (its price – the interest rate – and the money supply), and (2) exchange rate policy, which is the range of instruments at the disposal of the monetary authority, and the political authorities, to influence the external value of the currency. Examples of "economic policy" thus defined would be : budgetary (fiscal) policy, structural policies, for instance in relation to unemployment, regional policies, competition policy, the regulation of specific sectors (transport, telecommunication, energy) and consumer protection.

2. National Policies Embedded in a Community Framework

Economic policy has remained a national prerogative whereas monetary policy has become an exclusive [80] Community competence. However, national economic policies have to be conducted within the framework of Community rules and policies. This is made abundantly clear by Article 98 of the EC Treaty which provides, *inter alia*, the following : "Member States shall conduct their economic policies with a view to contributing to the achievement of the objectives of the Community, as defined in Article 2, and in the context of the broad guidelines referred to in Article 99 (2)".

Article 2 of the EC Treaty mentions the objectives which all Community policies and the establishment of a common market and of EMU are aimed at. Among these : harmonious, balanced and sustainable economic activities, a high level of employment and social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competition, and environmental protection.

3. Broad Economic Guidelines and Multilateral Surveillance

Article 99 of the EC Treaty provides that Member States are to conduct their economic policies in the context of so-called "broad economic policy guidelines". These are a framework for Member States' economic policies set each year by the Ecofin Council [81]. Although these guidelines are only recommendations, i.e. not binding, compliance with them is tested by the Commission and may lead to a public recommendation by the Ecofin Council to the Member State concerned [82].

4. Three Prohibitions

The Community framework for economic policies also extends to several rules that have been applied since 1994. They are the prohibition for central banks to fund governments (at European, national, regional or local levels) directly (prohibition of

monetary financing) [83], the prohibition of privileged access for public authorities to financial institutions [84], and the so-called no bail-out clause [85, 86].

5. Reviews of National Budgets to Avoid Excessive Deficits and Attain Budgetary Balance

The Treaty also provides a rather strict budgetary policy framework. It consists of more than the Stability and Growth Pact usually referred to in this context. Actually, Member States' budgetary policies are reviewed in three instances:

(1) within the context of the yearly *multilateral surveillance* exercises on the broad economic policy guidelines previously mentioned [87];

(2) within a special yearly scrutiny of national budgets. This review [88] seeks to ensure that national budgets remain within the ranges prescribed by Treaty which requires that "Member States shall avoid excessive deficits" [89]. It is from this provision that the ceilings for national budgets which became known as the "Maastricht criteria" derive: the budget deficit in any given year should not exceed an amount equivalent to 3 % of that Member State's Gross Domestic Product (GDP) and the total sum of all debt incurred by the public sector to finance such deficits should not exceed an amount equivalent to 60 % of that Member State's GDP [90].
It should be noted that this exercise is based on provisions which give the Commission, which is to monitor budgetary developments, and the Council, which is to adopt a stance on their outcome and may apply sanctions, ample discretion. They are not bound to conclude that there is "excess" in a deficit once any of the two thresholds is passed. The process is one of a qualitative assessment, based on quantitative reference values, as the Treaty calls the 3 and 60 % marks;

(3) the third basis for the review of national budgetary policies is the "top-up", over and above the Treaty provisions which the Member States agreed in Amsterdam, in 1997. This is the so-called Stability and Growth Pact (SGP). It consists of a political text, a resolution of the European Council [91], and two legal texts, a regulation that strengthens the multilateral surveillance process [92] and one that speeds up and "clarifies" the excessive deficit procedure [93]. They require Member States to submit annual programmes in which they describe how they are to meet the central commitment of the SGP: to achieve, over the medium term, a balanced budget, or a budget in surplus. This commitment goes clearly beyond the Treaty rules which require only avoidance of excessive budget deficits. The regulations also limit the Council's policy choices in applying the Treaty's budgetary rules. They give limited definitions, agreed in advance, of the terms the Treaty uses (what is an excessive deficit? what is a recession?), speed up the review process and prescribe the use of specific sanctions. Where the Treaty makes it possible to issue a recommendation only, or to impose any of four sanctions on a State defying the rules [94], the SGP insists on a non-interest-bearing deposit to be imposed [95].

The purpose of these strict rules was to prepare the EU for the claims on public funds which can be expected in the near future with the "graying" of its population. Also, extra rules should prevent Member States hitting the ceilings of the Treaty rules almost automatically in times of economic downturn.

6. Economic-policy Making is a Political, not a Central-bank Task…

It is important to note that the rules on economic-policy coordination just described derive from the EC Treaty or from legal acts adopted in accordance with it. They are applied by two of the three political institutions of the Community, to wit the Commission and the Council [96]. The ESCB has no formal role to play. The ECB does have an opinion, of course, on Government deficits [97], or on economic policies in general. It can express these views in the context of the preparations for the decision-making based on Article 104 of the EC Treaty and the SGP [98].

7 … of Direct Relevance to the Success of the Central Bank

Two things are directly important for the single currency's success. First, the creation of a single currency implies a single financial area with a single interest-rate structure. In view of the impact Government borrowing and spending may have on the interest rates and, indeed, the exchange rate of the currency, surveillance of national budgetary policies is necessary within a single-currency area. One would not wish to see some Governments, by tapping the capital markets in their hunger for money, drive up the interest rates on the euro thereby affecting (business in the) less spendthrift States as well. Neither would one wish to see the euro's exchange rate drop under the influence of market feeling that the imbalances in Governments budgetary positions cannot last. Nor would one wish to see inflation fuelled by excessive government spending inappropriate in the given economic context.

Second, a single monetary policy requires that economic policies are properly coordinated. A certain policy mix between what Governments do and what the central banks do is most conducive for the European economy. Moreover, the ESCB is to "support the general economic policies in the Community" [99] as a secondary objective. Such a requirement can only be met if there is a coherent set of policies for the single currency area. The coordination of economic policies is one of the elements often referred to as a necessary corollary of a single currency. Apart from the economic logic of this, the legal logic is that the ESCB cannot bring closer the achievement of its secondary objective without a clear general thrust of the various (national) [100] economic policies in the Union. For the policy-mix to succeed there should not only be a workable alignment between what Governments and central banks do in their respective fields of competence. Also, mutually coherent behavior by these Governments should provide the standard against which the ESCB's performance in reaching its secondary objective can be measured.

D. Political Union

1. A Concept Differently Understood

A discussion of the economic-policy backdrop to the single currency brings one close to the concept of "political union". This term is not always understood to mean the same thing. Already during the negotiations which led to the insertion into the EEC Treaty, as it then was, of the EMU provisions, parallel negotiations were held on a "political union". We know that the outcome, intergovernmental cooperation in foreign [101] and certain domestic affairs [102], falls far short of what, to some, constitutes a true political union.

To some, the concept of "political union" stands for a federation with all the attributes of effective, efficient and transparent decision-making of a democratic nature. Naturally, this decision-making would be confined to the elements of federal power, leaving other matters of public interest to be regulated at national, regional or local level. In the American sense : powers that does not belong to the federal or State governments, belong to the people [103].

To others, a political union, in the context of EMU, stands for an economic government of Europe. The coordination of economic policies within the Ecofin Council, or the informal Eurogroup of Ministers of Finance and Economic Affairs of the twelve States that have adopted the euro, would then be replaced by a stronger single voice in economic affairs. It would also act as a counterbalance to the independent monetary authority.

2. Some Personal Notes on Enlargement and Further Integration

I conclude with a few personal notes on the issue as I see it, both as a lawyer and as an interested citizen of the European Union. To me, it is clear that a wider Union, encompassing perhaps as many as 13 new Member States [104], would become ungovernable without slimming the political process, introducing majority decision-making and effective executive action. The Member States' endeavour to prepare the Union for eastward extension, the Treaty of Nice [105], is a far cry from what is needed. In that sense, its rejection in a referendum in Ireland could be taken as a hopeful sign. It underscored the necessity for something better, more thought-out and effective. Any new set of rules to govern the EU would require that decisions be made in a democratic, transparent fashion and be truly geared to what is necessary at central and regional levels of government. They should also make the decision-making easy to explain to the citizens. Finally, we should not depend for each amendment to any of the common provisions on the consent of every individual Member State [106].

It is to be hoped that the so-called Convention which is to prepare the next round of Treaty amendments (the revision planned for the 2004 Intergovernmental Conference) takes on board some of these basic ideas of good government. The 2001 "Laeken Declaration" [107] is the starting point for a constitutional process that could help to build a true political federation.

3. Making Most of the Euro's Advent : Practical and Political Suggestions

The euro's entry on stage should, in my view, be taken full advantage of to make the functioning of Europe better and more adequate in terms of the big challenges the Europeans face. Any constitutional document should respect the independence of the monetary authority. The argument for a large measure of autonomy for the central banks has best been stated recently by Professor Szász. He wrote [108] that it is not because central bankers have more wisdom, but because they are entrusted with a limited task only. Governments have many more functions and the best chance that they exert them without undue creation of money is to entrust monetary policy to an independent central bank.

The argument that the euro is lacking firm foundations because of the differences in outlook between people in Europe and the lack of strong institutions for the

emerging federation of which it is the most visible symbol, can be countered by the following. Success is to be built upon, to be extended to other areas of life (political life, in this instance) rather than be put into question because of perceived feeble chances of success under the present-day circumstances. Thus, any endeavour can be *made* a success. Reference may be made here to the words uttered by ECB President Duisenberg in his acceptance speech for the award of the International Charlemagne Prize of Aachen for 2002. He called the Treaty chapter on EMU "a contract binding the people of Europe to their monetary authority" and went on to call the euro "a symbol for the European Union, understood as a community of people" [109]. In this vein, certain ideas may be put forward.

4. Competition Policy

It should be possible to ensure that price differentials due to company-induced distortions (anti-competitive behavior) or public-sector distortions (differences in VAT, excise duties or national regulation) are reduced in the internal market. This requires a vigorous competition policy [110] taking fully into account that price differentials have become transparent. It should be acknowledged that price differences may be due to many factors, and will continue to exist in the internal market. Yet, competition law should be used to make sure that only those price differentials that can be explained by regional, transport and scale differences continue to play a role, not those that can be attributed to a lack of competition.

5. Financial Market Integration

Also, strong and forceful action should be undertaken to make the internal market work efficiently, both the wholesale and retail segments. In the financial area, this means that the Financial Services Action Plan [111] is implemented. In general, it requires that any measure introduced at national level takes fully into account the possibility of cross-border competition. Policy-makers and regulators should think on a euro-scale.

6. An Informed European Public Debate

Awareness among European citizens of EU realities and EU topical issues could spring forth from the fact that we now all pay with the same currency. Getting to know each other's problems, and the solutions for those problems, and being better informed of the European debate, will help to find Europe-wide solutions which are grounded on political agreement well-rooted in the people for whom they are intended. The debate about monetary policy already takes place at the EU level, as it should. In the Governing Council of the ECB not States but persons are represented whose function it is to serve the common good (of price stability) [112]. In similar terms, policy issues transcending national borders should be discussed, and decided, on a European scale. This, of course, implies that issues that are regional or local are discussed, and decided, at the smaller scale involved. It would require a far better knowledge of these issues for euro-wide audiences who should, as a start, be encouraged to learn more of their neighbours' languages than thus far. Plans to permit each citizen to speak at

least one other language beside his or her mother tongue could build on the common currency experience.

7. Re-establishing the Covenant between the Governed and the Governing

Finally, after the introduction of the single currency which was alleged to have taken place over people's heads, let the public authorities ensure that the citizens' voices be heard, and understood. This requires that those who represent us, and govern us, should have the integrity and audacity to govern with foresight and in the common interest. Naturally, electoral considerations and national interests will always play a major role. But, so I would like to ask : Could they, please, be somewhat less dominant ? In the interest of a return to confidence in those who have been mandated by the people, we should strive to return, where necessary [113], to a transparent, democratic and effective, efficient decision-making public process. The introduction of the euro is an excellent opportunity for building further the organisation that has given us this physical expression of unity. Such a constitutional order should be served by public figures who find their inspiration in the founding fathers, notably in someone with vision and humility such as Jean Monnet, in honour of whom this contribution was made.

Notes

[1] J.-V. Louis, *Vers un système européen de banques centrales : projet de dispositions organiques* (Rapport du Groupe présidé par Jean-Victor Louis), Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 1989.

[2] First, as a prominent member of an ad-hoc group of central bank lawyers convened at the BIS in Basle for a few meetings under the auspices of the EEC's Committee of Governors of Central Banks in order to assist the Governors in drawing up draft Statutes for the European System of Central Banks. Then, as a member of the Working Group of Legal Experts of the ECB's predecessor, the European Monetary Institute. Later, as a member of its successor, the Legal Committee of the ESCB.

[3] In Dutch : "*giraal geld*" ; in French : "*monnaie scripturale*".

[4] In the brochures and TV spots preparing for the complete transition to the euro, the States where the single currency will be sole legal tender were indicated by the first letters of their names in Dutch, making the funny-sounding acronym DING FLOF BIPS. The acronym for the European Union was conspicuously absent.

[5] Even the big ad that the ECB placed in the *Financial Times*' first issue of the New Year, failed to mention the European Union.

[6] Council Regulation (EC) 974/98 of 3 May 1998 on the introduction of the euro, *OJEC*, n° L 139, 11 May 1998, p. 1, as amended by Council Regulation (EC) 2596/2000 of 27 November 2000, *OJEC*, n° L 300, 29 November 2000, p. 2.

[7] See Article 6 (1) and the 8th recital of the preamble to Regulation 974/98 on the introduction of the euro. This recital refers to a legal equivalence being established between the euro unit (the single currency as represented by amounts denominated in euro) and the national currency unit (the single currency as represented by amounts denominated in previous national currencies).

[8] In Dutch : "*wettig betaalmiddel*" versus "*giraal geld*" ; in French : "*cours légal*" versus "*monnaie scripturale*".

[9] One of Jean-Victor Louis' many contributions to discussions in the central banking lawyers' fora concerned discussing these distinct concepts.

[10] In Dutch : "*een roerende zaak*" ; in French : "*un bien mobilier*".

[11] F. A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, 5th edition, Oxford, Clarendon Press, 1992.

[12] In terms of the Netherlands Civil Code, "*zaken*" and "*vermogensrechten*" (section 3 : 1 *Burgerlijk Wetboek*).

[13] P. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, thesis, Deventer, Kluwer, 1996, this author himself quoting an English writer on the subject.

[14] Such as delivering an object, rendering a specific service or any other obligation to do or give something, or to refrain from doing something.

[15] In section 6 : 114 (1).

[16] The text reads in Dutch : "*Bestaat in een land waar de betaling moet of mag geschieden ten name van de schuldeiser een rekening, bestemd voor girale betalingen, dan kan de schuldenaar de verbintenis voldoen door het verschuldigde bedrag op die rekening te doen bijschrijven, tenzij de schuldeiser betaling op die rekening geldig heeft uitgesloten"*. An unofficial French translation reads as follows : "*Lorsque le créancier a un compte destiné aux virements scripturaux dans un pays où doit ou peut avoir lieu le paiement, le débiteur peut acquitter l'obligation en faisant créditer ce compte de la somme due, à moins que le créancier n'ait valablement exclu paiement à ce compte"*. Translation taken from P.P.C. Haanappel and E. Mackaay, *Nouveau Code Civil Néerlandais – Le droit patrimonial*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, Centre de recherche en droit privé et comparé au Québec, 1990.

[17] Section 6 : 114 (2) *Burgerlijk Wetboek*.

[18] In Dutch : "*redelijkheid en billijkheid*" (see sections 6 : 2 and 6 : 248 *Burgerlijk Wetboek*).

[19] Literally : "*Hier hebben we niet van terug*", a pun meaning both that these notes are not accepted and that the notes dumbfound the recipients.

[20] "*Bedrijven mogen de eurocent weren*" ("Companies may refuse eurocent"), *in Het Financieele Dagblad*, 17 January 2002.

[21] Article 106 (1).

[22] The EC Treaty does not provide in general terms that, in respect of non-participating States, the concept of "Community" is to be read as exclusive of the "out" Member States. It only states that where "Member States" are mentioned "Member States without a derogation" are meant (Article 122 (4)). Only the UK Opt-out Protocol also specifies that "Community" does not include the United Kingdom in the provisions which do not apply as long as this State has not been admitted to the single currency area.

[23] See the Protocol on certain provisions relating to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Protocol on certain provisions relating to Denmark.

[24] See the Council decision of 3 May 1998 in accordance with Article 109 J (4) of the Treaty (98/317/EC), *OJEC*, n° L 139, 11 May 1998, p. 30, and see the European Central Bank's Convergence Report 2002, May 2002, http : //www.ecb.int/pub/pdf/cr2002en.pdf, 12 August 2002.

[25] See the Decision of the European Central Bank of 20 december 2001 on the approval of the volume of coin issuance in 2002 (ECB/2001/19 ; 2001/929/EC), *OJEC*, n° L 344, 28 December 2001, p. 89.

[26] Article 106 (2).

[27] Council Regulation (EC) 975/98 of 3 May 1998 on denominations and technical specifications of euro coins intended for circulation, *OJEC*, n° L 139, 11 May 1998, p. 6, as amended by Council Regulation (EC) 423/1999 of 22 February 1999, *OJEC*, n° L 52, 27 February 1999, p. 2.

[28] Regulation 974/98, Article 11.

[29] Article 15 of Regulation 974/98.

[30] Article 11 of Regulation 974/98.

[31] But note that the issuing State and persons specified by national law are still required to accept euro coins in unlimited amounts.

[32] See section 2 of the *Muntwet* (Coinage Act) of 30 September 1987, *Staatsblad* (Official Journal of the Netherlands) 1987, n° 451, as amended, and section 1 of the *Besluit vaststelling bedragen munten wettig betaalmiddel* (Coins (maximum amounts as legal tender) Regulation) of 15 March 1990, *Staatsblad* (Official Journal of the Netherlands) 1990, n° 156, as amended.

[33] Recommendation of the European Central Bank of 6 December 2001 regarding the abrogation of participating Member States' provisions limiting the amount of coins denominated in a national currency unit that can be used in any single payment (ECB/2001/17 ; 2001/C 356/05, *OJEC*, n° C 365, 14 December 2001, p. 9.

[34] Recital 19 of the preamble to Regulation 974/98.

[35] Regulation (EC) 2560/2001 of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 on cross-border payments in euro, *OJEC*, n° L 344, 28 December 2001, p. 13. This regulation, inter alia, provides that cross-border payments in euro in the Community up to € 12,500 (a ceiling to be raised to € 50,000 as from 1st January 2006) should not incur higher charges than those for intra-State payments.

[36] See Council Decision of 19 June 2000 in accordance with Article 122 (2) of the Treaty on the adoption by Greece of the single currency on 1 January 2001 (2000/427/EC), *OJEC*, n° L 167, 7 July 2000, p. 19. This Decision contains the reasoning underlying the finding that Greece fulfilled the conditions for the adoption of the single currency. It followed a similar decision of 1998 concerning admission test in respect of the eleven first Member States to

introduce the euro (Council Decision of 3 May 1998 in accordance with Article 109 J (4) [at present : Article 121 (4), rs] of the Treaty (1988/317/EC), *OJEC*, n° L 139, 11 May 1998, p. 30).

[37] Articles 5-9 of Regulation 974/98. Notably, Article 6 on the non-decimal representation of the euro by the national currency units and on references to the latter units, Article 7 on the continued validity of a denomination in national currency units of a legal instrument even after the national currency had been substituted by the euro and Article 8 on payments in either unit and on redenomination of the government debts, which formed the starting point for the stock exchanges to be based on euro unit pricing as from the start of Stage 3 of EMU (i.e. 1 January 1999).

[38] Council Regulation (EC) 1103/97 of 17 June 1997 on certain provisions relating to the introduction of the euro (*OJEC*, n° L 162, 19 June 1997, p. 1), in Article 3, provides for continuity of contracts in spite of the currency changeover. This continuity is, however, "subject to anything which parties may have agreed".

[39] This author has seen notices requesting customers not to use € 50 notes.

[40] This does not mean that the decision to have such large (€ 500) or such low (€ 0.01) denominations cannot be reconsidered or criticized. But, as long as they stand, they should be fully implemented and adhered by, most notably by those who have been the authors of these decisions or were closely involved in their adoption.

[41] Article 105 (1) EC, and Article 2 of the Statute of the ESCB and the ECB, provide that the primary objective of the ESCB shall be to maintain price stability.

[42] See the following press reports : "*Minder ijs voor 1 euro*" ("Less icecream for one euro"), *Het Financieele Dagblad*, 16 May 2002 ; "*Wellink : euro leidt wel tot prijsstijging*" ("[Dutch central bank President] Wellink : euro does lead to price increases"), *Metro*, 21 maart 2002 ; "*Wellink : Euro drijft prijzen toch fors op*" ("[Dutch central bank President] Wellink : euro strongly pushes up prices after all"), (Netherlands daily newspaper) *Trouw*, 10 August 2002, p. 1. For the view of the ECB itself, see its *Annual Report 2001* (Frankfurt am Main, 2002) on pages 36-37 (Box 3 : The impact of the euro cash changeover on euro area consumer prices).

[43] Joined Cases 80 and 81/77, *Société Les Commissionnaires Réunis Sarl v. Receveur des Douanes* ; *Sarl Les Fils de Henri Ramèl v. Receveur des Douanes*, *ECR*, 1978, p. 927.

[44] Currently Article 95, the legal basis for the euro payments regulation adopted at the end of 2001 cited before.

[45] Case C-41/93, *Commission v. Greece*, *ECR*, 1994, p. I-1829.

[46] Article 15 of Regulation 974/98.

[47] Article 16 of Regulation 974/98.

[48] An obvious choice would entail amending the provisions on the issue of the coins or notes in question, which are Community legal acts by nature. See, on the issue of bank notes, the Consolidated version of Decision ECB/2001/7 of the European Central Bank of 30 August 2001 on the denominations, specifications, reproduction , exchange and withdrawal of euro banknotes, as amended by Decision ECB/2001/14 in *OJEC*, n° C 6, 9 January 2002, p. 8. On the issue of coins, see Council Regulation 975/98, as amended.

[49] Council Decision 98/415 98/415/EC on the consultation of the European Central Bank by national authorities regarding draft legislative provisions, *OJEC*, n° L 189, 3 July 1998, p. 42.

[50] *Wet van 27 September 2001 tot aanpassing van wetten in verband met de vervanging van de gulden door de euro (Aanpassingswet euro)* (Act of 27 September 2001 amending legislation in the context of the replacement of the guilder by the euro (Adaptation to Euro Act)), *Staatsblad* (Official Journal of the Netherlands), 2001, n° 481.

[51] For instance, in the area of company law, a minimum capital of ECU 25,000 is required. This follows from Article 6 of the Second Council Directive of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance an alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (77/91/EEC), *OJEC*, n° L 26, 31 January 1977, p. 1, as amended, in conjunction with Council Regulation (EEC, Euratom) 3308/80 of 16 December 1980 on the replacement of the European unit of account by the ECU in Community legal instruments, *OJEC*, n° L 345, 20 December 1980, p. 1. By virtue of Article 2 of Regulation 1103/97, the reference to the ECU should be read as a reference to the euro as of 1 January 1999.

[52] See Council Regulation (EC) 3320/94 of 22 December 1994 on the consolidation of the existing Community legislation on the definition of the ecu following the entry into force of the Treaty on European Union, *OJEC*, n° L 350, 31 December 1994, p. 27.

[53] The Finnish markka, the Swedish crown and the Austrian schilling did not form a part of the basket.

[54] Thus, the value of 0.306242 DEM was added to that of FFR 1.332, Dutch guilder 0.2198, 0.08784 pound sterling, and so on, to arrive at one ECU.

[55] Of 2.25 %, or 6 % respectively, on either side of the central rate (parity). After the first Danish "*nej*" to the Treaty of Maastricht, currency market turmoil led to a "temporary" widening of the bands to 15 % except for the bilateral relationship between the German mark and the Dutch guilder, for which the 2.25 % band was maintained.

[56] On this EMCF, see J.-V. Louis, "Le fonds européen de coopération monétaire", *CDE,* 1973, p. 255-297.

[57] The ECU also served a function for early detection of divergence of currencies within the ERM. For a description of the EMS, see J.-V. Louis, "Het Europees Monetair Stelsel", *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1979, p. 441-465.

[58] See Article 117 (2), fifth indent, EC and Article 1.3 of the Statute of the EMI. On the dollar/ECU and gold/ECU swaps to create ECUs, see Article 6.2 of the Statute of the EMI.

[59] It is sometimes argued that the name change was instigated by the German Government. This was because the ECU, being a basket currency, had lost in value vis-à-vis the German mark. That a feature did nothing to endear the single currency project to a sceptic German electorate. After all, it would imply having to give up a stable currency for one that was seen as depreciating over the years in terms of the *de facto* anchor currency of the EMS, i.e. the DEM.

[60] See the second recital of the preambles to Regulations 1103/97 and 974/98.

[61] Order of the Court of First Instance of 15 May 1997 in Case T-175/96, *Berthu v. Commission*, *ECR*, 1997, p. II-811 and Order of the Court of First Instance of 12 March 1998 in Case T-207/97, *Berthu v. Council*, *ECR*, 1998, p. II-509.

[62] It is questionable whether the outcome would have been different under the reasoning adopted by the Court of First Instance in its decision of 3 May 2002 in Case T-177/01, *Jego-Quéro v. Commission*, not yet reported.

[63] Article 118, second sentence.

[64] Article 123 (4), first sentence, *in fine*.

[65] See Article 2 of Regulation 1103/97, which provided the same for references to the ECU which did not exactly refer to the basket currency's official definition but which were presumed to have the same intention. Such presumption was rebuttable on the basis of the intentions of the parties to the relevant contract, another indication of the important place given under Community law to the freedom of contract.

[66] Article 111.

[67] Article 4 (2): "(…) a single monetary policy and exchange-rate policy the primary objective of both of which shall be to maintain price stability and, without prejudice to this objective, to support the general economic policies in the Community (…)".

[68] The possibility for the Ecofin Council to formulate "general orientations" for exchange-rate policy in relation to non-Community currencies (Article 111 (2) EC Treaty) will be used sparingly. The European Council so declared in a Resolution of 13 December 1997 on economic policy coordination in stage 3 of EMU and on Treaty Articles 109 and 109 B of the EC Treaty [nowadays: Articles 111 and 113, rs]. The relevant sentence of this Resolution, to be found in *Economic and Monetary Union – Compilation of Community Legislation*, European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1999, p. 151, reads as follows: "While in general exchange rates should be seen as the outcome of all other economic policies, the Council may, *in exceptional circumstances*, for example in the case of *a clear misalignment*, formulate general orientations for exchange-rate policy in relation to non-EC currencies in accordance with Article 109 [now 111, rs] of the Treaty (emphasis added, rs)".

[69] For instance, when 1 € equals 88 US dollar cents compared to 99 or 110 US dollar cents.

[70] 1 January 2001 for the Greek drachma.

[71] See Council Regulation (EC) 2866/98 of 31 December 1998 on the conversion rates between the euro and the currencies of the Member States adopting the euro, *OJEC*, n° L 359, 31 December 1998, p. 1, as amended by Council regulation (EC) 1487/2000 of 19 June 2000, *OJEC*, n° L 167, 7 July 2000, p. 1.

[72] The language used should not lead the reader to think that the introduction of the single currency is the outcome of a unilateral decision by the Member State concerned. All Member States are bound to introduce the euro as soon as they meet the convergence standards, with only Denmark and the United Kingdom having reserved a position to decide later on whether to join the currency union. See Articles 121 and 122 of the EC Treaty, the Protocol on the transition to the third stage of economic and monetary union, and the Danish and UK Opt-out Protocols.

[73] Agreement of 1 September 1998 between the European Central Bank and the national central banks of the Member States outside the euro area laying down the operating procedures for an exchange rate mechanism in stage three of Economic and Monetary Union (98/C 345/05), *OJEC*, n° C 345, 13 November 1998, p. 6, as amended by the Agreement of 14 September 2000 between the European Central Bank and the national central banks of the Member States outside the euro area amending the Agreement of 1 September 1998 laying down the operating procedures for an exchange rate mechanism in stage III of economic and monetary union (2000/C 362/10), *OJEC*, n° C 362, 16 December 2000, p. 11.

[74] In Article 121 (1), third indent.

[75] The irrevocable transition and unlimited character of monetary union become clear from the provisions referring to irrevocable linking of exchange rates and replacement of the national currencies by the euro as well as from the Protocol on the transition to the third stage of economic and monetary union. See also Article 312 of the EC Treaty.

[76] Pursuant to paragraph 5 of the UK Opt-out Protocol, Article 4 (2) of the EC Treaty does not apply in the United Kingdom until it makes the transition to full participation in Stage 3 of EMU. See also paragraph 10 sub c *in fine* of the UK Opt-out Protocol.

[77] See Article 10 of the Financial Regulation of 21 December 1977 applicable to the general budget of the European Communities, *OJEC*, n° L 356, 31 December 1977, p. 1, as amended, in conjunction with Article 2 of Regulation 1103/97.

[78] See Articles 15, 16 and 18 of Regulation 17, First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, *OJEC,* n° 13, 21 February 1962, p. 204, as amended, in conjunction with Article 10 of the Financial Regulation and Article 2 of Regulation 1103/97 (see the preceding footnote).

[79] See Regulation 2560/2001.

[80] With the exception of the right to issue coins, a right circumscribed by the approval of the ECB on volume and the lawmaking by the Council on aspects relevant for their smooth Europe-wide circulation (Article 106 (2) EC Treaty).

[81] Council Recommendation of 21 June 2002 on the broad guidelines of the economic policies of the Member States and the Community (2002/549/EC), *OJEC*, n° L 182, 11 July 2002, p. 1.

[82] See Article 99 (4) EC. A well-known example of such a recommendation, and publication, concerned the Council's findings that the budgetary policies of the Irish Republic did not meet the standards of the broad economic policy guidelines. See the Council Recommendation of 12 February 2001 with a view to ending the inconsistency with the broad economic guidelines of the economic policies in Ireland (2001/191/EC), *OJEC*, n° L 69, 10 March 2001, p. 22, and the Council Decision of 12 February 2001 making public the recommendation with a view to ending the inconsistency with the broad economic guidelines of the economic policies in Ireland (2001/192/EC), *OJEC*, n° L 69, of 10 March 2001, p. 24.

[83] Article 101 EC and Council Regulation (EC) 3603/93 of 13 December 1993 specifying definitions for the application of the prohibitions referred to in Articles 104 [nowadays 101, rs] and 104 B [nowadays 103, rs] (1) of the Treaty, *OJEC*, n° L 332, 31 December 1993, p. 1.

[84] Article 102 EC and Council Regulation (EC) 3604/93 of 13 December 1993 specifying definitions for the application of the prohibition of privileged access referred to in Article 104 A [nowadays 102, rs] of the Treaty, *OJEC*, n° L 332, 31 December 1993, p. 4.

[85] Article 103 EC and Council Regulation (EC) 3603/93 of 13 December 1993 specifying definitions for the application of the prohibitions referred to in Articles 104 [now 101, rs] and 104 B [now 103, rs] (1) of the Treaty, *OJEC*, n° L 332, 31 December 1993, p. 1.

[86] Note that, pursuant to Article 237 (d) EC, compliance by the NCBs with these provisions is monitored by the ECB. See the ECB's *Annual Report 2001*, Frankfurt am Main, 2002, p. 157.

[87] In accordance with Article 99 EC.

[88] Based on Article 104 EC.

[89] Article 104 (1) EC.

[90] See Article 104 (2) sub (a) and (b) in conjunction Article 1 of the Protocol on the excessive deficit procedure.

[91] Resolution of the European Council on the Stability and Growth Pact, Amsterdam, 17 June 1997. See the *Compilation of Community Legislation*, 1999, p. 114.

[92] Council Regulation (EC) 1466/97 of 7 July 1997 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies, *OJEC*, n° L 209, 2 August 1997, p. 1.

[93] Council Regulation (EC) 1467/97 of 7 July 1997 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure, *OJEC*, n° L 209, 2 August 1997, p. 6.

[94] Namely, to require a Member State in deficit to warn potential investors in the documentation issued on the occasion of further Government lending, to invite the European Investment Bank to reconsider its lending policy toward the State concerned, to require a Member State in deficit to make a non-interest-bearing deposit until correction of the excessive deficit or to impose a fine: Article 104 (11) EC. Please note that these sanctions cannot be applied to "out" Member States since the relevant provisions of the excessive deficit procedure

do not apply to them by virtue of Article 122 (3) EC and the Danish and UK Opt-out Protocols, respectively.

[95] And specifies how it should be calculated in respect of an excessive current deficit : see Article 12 of Regulation 1467/97.

[96] The European Parliament is only marginally involved in the excessive deficit and multilateral surveillance procedures : see Articles 99 (4) and 104 (11) *in fine* EC and Article 12 of Regulation 1466/97. Also, the Council's work is brought further in the so-called Eurogroup, an informal club of the Ministers of Economics and Finance from the participating Member States only. See J.-V. Louis, "The Eurogroup and Economic Policy Co-ordination", *Euredia,* 2001-2002, p. 19-43.

[97] See, for instance, the ECB's *Annual Report 2001*, p. 46-48.

[98] The ECB and the NCBs are represented in the Economic and Financial Committee, a body entrusted by the Treaty with the preparation of the application of economic policy measures (Article 114 EC).

[99] This is provided by Article 105 (1) EC and Article 2 of the Statute of the ESCB and the ECB.

[100] It may be noted in passing, that Community economic-policy measures are also possible pursuant to Article 100 of the EC Treaty. The unanimity requirement and the lack of enthusiasm for further-going engagement of the Community institutions in the area of economic-policy making leads one to believe that this provision will not be activated often within the foreseeable future.

[101] Nowadays, after the amendments brought about by the Treaty of Amsterdam (1997), Title V of the EU Treaty on a Common Foreign and Security Policy.

[102] Nowadays, after the amendments brought about by the Treaty of Amsterdam (1997), Title VI of the EU Treaty on Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters.

[103] Article Ten in addition to the US Constitution : "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States, respectively, or to the people".

[104] Assuming the accession of the current candidates for membership : Poland, Hungary, the Czech Republic, the Slovak Republic, Slovenia, Cyprus, Malta, Estonia, Latvia, Lithuania, Rumania, Bulgaria, and Turkey.

[105] Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (2001/C 80/01), *OJEC*, n° C 80, 10 March 2001, p. 1.

[106] See, also, Chapter 8 of my thesis (*The European Central Bank, Institutional Aspects*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996 (2000 reprint), notably p. 514-519).

[107] Annex I to the Conclusions of the Presidency of the Laeken European Council, 14 and 15 December 2001 (Laeken Declaration on the future of the European Union), document SN 300/1/01 Rev. 1 ; see http : //ue.eu.int/pressData/en/ec/68827.pdf, 12 August 2002.

[108] "*Bij het afscheid van de gulden*" ("Upon saying goodbye to the guilder"), *Het Financieele Dagblad*, 31 December 2001.

[109] For this speech, given on Europe Day 2002, see http : //www.ecb.int/key/02/sp020509en.htm, 12 August 2002.

[110] Articles 81 and 82, Article 87 ff. EC, and national competition Acts.

[111] Document COM (1999) 232, http : //europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/general/actionen.pdf, 12 August 2002. See, also, the Final report of the Committee of Wise Men on the regulation of European securities markets, Brussels, 15 February 2001.

[112] Article 108 EC and Article 7 of the Statute of the ESCB and the ECB.

[113] It is submitted that the need to return to these principles in public life may be greater in some areas (functional as well as geographical) than in others. Overall, a yearning for re-establishing a covenant between the people and those who are mandated to govern in its name and on its behalf seems widely felt.

Un marché, une monnaie, un espace de paiement

Blanche Sousi

Lors d'un colloque à Deauville, au printemps 2000, le destinataire du présent *liber amicorum* avait exposé comment l'euro pouvait être un catalyseur de l'unification du droit des affaires. Sa riche contribution avait séduit l'auditoire. Ayant rappelé que l'Union monétaire avait été inspirée au *moto* « un marché, une monnaie », il s'était notamment demandé s'il ne fallait pas désormais en substituer un autre, tout aussi ambitieux « un marché, un droit » [1]. Sans doute, l'idée fera-t-elle son chemin. Pour l'heure, force est de constater que s'agissant des paiements transnationaux, l'euro a déjà joué ce rôle de catalyseur.

C'est donc en hommage à la vision européenne de Jean-Victor Louis, et par analogie à sa démarche que s'impose à nous l'idée de montrer comment, à la faveur de la naissance de l'euro fiduciaire, un autre mot d'ordre est également de mise : « un marché, une monnaie, un espace de paiement ».

1. L'histoire de la création de cet espace unique de paiement mérite d'être racontée car elle résume à merveille les méthodes de la construction européenne, ses principes, ses objectifs, ses logiques et ses audaces. C'est une histoire qu'on ne peut retracer dans le carcan académique d'un plan en deux parties, mais en retenant douze points comme les douze étoiles du drapeau jaune et bleu et comme, troublante coïncidence, les douze Etats membres ayant, à ce jour, adopté l'euro.

L'histoire commence par une métamorphose : celle dont résulte aujourd'hui la libre circulation des paiements. En 1957, loin d'être au rang des libertés dont le traité fixait la réalisation, elle n'en était que l'accessoire. Remarquable statut de ces « paiements courants » qui en apparence n'avaient qu'un second rôle, mais dont le destin était inexorablement scellé à celui de chacune des quatre libertés ostensiblement présentées, elles, comme les fondements de la Communauté. Remarquable habileté des rédacteurs du traité de Rome qui ont placé les ferments de cette métamorphose

discrètement à l'ombre d'un chapitre consacré à la balance des paiements. Pour en apprécier, un demi-siècle plus tard, les subtilités, il faut garder en mémoire les termes de cet article 106 dont l'actuel traité ne porte plus trace :

> « Chaque Etat membre s'engage à autoriser, dans la monnaie de l'Etat dans lequel réside le créancier ou le bénéficiaire, les paiements afférents aux échanges de marchandises, de services et de capitaux, ainsi que les transferts de capitaux et de salaires, dans la mesure où la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes est libérée entre les Etats membres en application du présent traité ».

Ainsi, était ancré dans le texte l'adage *accessorium sequitur principalem* : oui les paiements relatifs à des achats de marchandises, de services ou de capitaux allaient s'affranchir de toute contrainte au fur et à mesure que les marchandises, les services et les capitaux allaient pouvoir circuler librement. L'accessoire (en l'occurrence le paiement) suit le principal (en l'occurrence la contrepartie à laquelle le paiement est afférent, c'est-à-dire toute fourniture de biens au sens le plus large du terme).

Liberté par destination pourrait-on dire comme les privatistes parlent d'immeuble par destination : les paiements allaient accéder à la libre circulation en même temps que les biens auxquels ils étaient afférents. On sait que ce sont les capitaux qui ont mis le plus de temps à acquérir cette complète liberté : l'article 67 du traité de Rome n'ayant pas d'effet direct [2], il fallut attendre 1990, date de mise en œuvre de la directive du 24 juin 1988 pour que cette liberté soit totalement réalisée. Dès lors tout paiement était libre, même si cela n'était encore que par le jeu d'un attelage à chacune des autres libertés.

2. Il restait à franchir la dernière étape de cette métamorphose, celle qui ferait éclore une liberté autonome. L'Union économique et monétaire qui se dessinait, allait en être le terreau. Constatant l'aboutissement du processus imaginé par les rédacteurs du traité de Rome à l'article 106, les rédacteurs du traité de Maastricht ont su en exprimer la conséquence logique : ils ont posé le principe de l'interdiction de toutes les restrictions aux paiements entre les Etats membres (et même entre les Etats membres et les pays tiers) et l'ont placé dans le titre consacré aux libertés. Jeu d'écritures qui porte acte de naissance de cette liberté des paiements. Ainsi était consacrée à l'article 73 B par. 2 aujourd'hui article 56 par. 2 du traité CE, l'autonomie de la libre circulation des paiements ostensiblement placée au même rang que la libre circulation des capitaux [3]. Qu'allait faire le papillon de cette liberté toute neuve ?

3. La suite de l'histoire est calquée sur celle des autres libertés. L'interdiction des restrictions ne suffit pas à en assurer la réalité. Est-il besoin d'insister davantage pour le lecteur initié de ces pages ? Le raisonnement est trop connu pour en être à nouveau retracé et il convient seulement ici d'en présenter un résumé en forme de constat : aujourd'hui, les paiements de détail, c'est-à-dire ceux qui sont effectués par les particuliers et les petites et moyennes entreprises sont, pour une très grande part, des paiements nationaux, c'est-à-dire effectués entre un créancier et un débiteur situés au sein d'un même Etat membre. Très peu nombreux sont les paiements transnationaux. Pourtant, aucune restriction juridique ne les empêche : il est possible de faire un virement de Bruxelles à Florence, comme de Bruxelles à Louvain. Il est possible

de faire un retrait de billets auprès d'un automate à Madrid et, avec la même carte, le même retrait auprès d'un automate à Rome. Il est possible aussi de remettre un chèque tiré sur une banque établie en France à un débiteur dont le compte est ouvert auprès d'une banque en Allemagne. Juridiquement, aucune restriction ne peut être relevée, et pourtant les particuliers, les petites et moyennes entreprises ne le font pas ou peu. Les frais sont si lourds, voire les délais d'acheminement si longs, que dans les faits ces paiements transnationaux restent rares. On retrouve là, cette distinction essentielle dans la problématique de la libre circulation entre les restrictions de droit et les restrictions de fait, entre les discriminations directes qu'il est facile de traquer et d'interdire et les discriminations indirectes qu'il faut débusquer : et lorsqu'elles sont débusquées, encore faut-il déjouer l'argumentation des Etats membres toujours prompts à vouloir les justifier par d'impérieuses nécessités d'intérêt général... Bref, la liberté est proclamée par le traité mais les faits montrent qu'elle n'est pas exercée. C'est alors au droit dérivé de prendre le relais. Mais sur quelle base juridique ?

4. Il y a là, pour les profanes, une petite surprise. La base juridique ne peut pas être l'article 56 par. 2 CE, celui-là même qui pose pourtant le principe de la libre circulation des paiements. Cela n'est pas un paradoxe, mais la logique de la rédaction de ce texte, selon lequel toute restriction aux paiements est interdite. L'interdiction se suffit à elle-même et aucune place n'est faite pour l'intervention du droit dérivé. Comment dès lors passer l'obstacle ? Simplement en recherchant ailleurs dans le traité une base juridique possible. Il n'en manque pas. En l'occurrence, il convient seulement de souligner que la libre circulation des paiements est nécessaire à parfaire l'objectif du marché intérieur. Sans paiement, point d'échanges commerciaux, et donc concrètement point de marché. La base juridique est trouvée : ce sera l'article 95 par. 1 CE.

5. C'est en effet pour améliorer les conditions de réalisation et de fonctionnement du marché intérieur qu'ont été adoptés les instruments du droit dérivé destinés à créer un espace unique de paiement. Selon un auteur particulièrement averti, le but sera atteint « lorsque les paiements transfrontières seront aussi simples, peu coûteux et efficaces que les paiements nationaux, que ce soit pour des paiements *off line* ou *on line* » [4]. Projet ambitieux car il suppose que les systèmes de paiement organisés sur une base nationale, soient réorganisés sur une base européenne, l'absence de structure transnationale expliquant les frais et les délais excessifs. Or ce sont les établissements de crédit qui, de manière pragmatique, ont établi ces différentes organisations et s'ils n'ont pas jugé économiquement rentable de les établir à l'échelon européenne, comment les convaincre de le faire ?

6. D'abord la méthode douce. Dès 1990 dans une communication [5], la Commission avait véritablement mis en évidence le mauvais fonctionnement des systèmes de paiement transnationaux ainsi que les frais et délais qui en résultaient. Une évolution était souhaitable mais elle ne pouvait être brutale sauf à être irréaliste : le temps était donc aux recommandations permettant « aux autorités compétentes d'obtenir sur une base volontaire, la collaboration des établissements concernés pour obtenir un changement de comportement et la recherche de structures nouvelles propres à diminuer les coûts de transferts transfrontaliers dans un cadre de libre concurrence » [6]. Qu'en des termes courtois, ces choses là étaient dites ! L'approche consistait à amener

les établissements de crédit à respecter des règles de transparence dans la facturation des frais mis à la charge de leurs clients lors d'opérations de paiements transnationaux. Cette information devait avoir la vertu de donner les éléments de comparaison à la clientèle, ce qui, par ricochet, devait avoir pour effet d'inciter les établissements à revoir leurs systèmes d'acheminement de ces transferts. Pour réussir, cette méthode demandait du temps. Or, le contexte nouveau de l'Union monétaire qui s'annonçait, avait fait naître des impatiences.

7. Une méthode plus ferme s'imposait. La Commission n'était pas seule à partager ce point de vue : par une résolution du 12 février 1993 [7], le Parlement européen, dans l'ivresse de son droit tout neuf à co-décision, demandait l'élaboration d'une directive définissant des règles en matière de transparence et de qualité d'exécution des paiements transnationaux. Sur une proposition présentée en 1994 [8], une directive est adoptée le 27 janvier 1997 [9] et comme expliqué plus haut, elle a pour base juridique l'article 100 A du traité CE devenu l'article 95 par. 1 CE. L'objectif est clairement que « les particuliers et les entreprises, notamment petites et moyennes, puissent effectuer des virements rapides, fiables et peu coûteux d'une partie à l'autre de la Communauté » : bref, c'est ce que depuis, on appelle l'espace unique de paiement. Pour l'essentiel, la directive prévoit une information préalable sur les conditions applicables aux virements transnationaux, c'est-à-dire sur les délais d'acheminement et les modalités de calcul de tous les frais payables par le client, étant précisé que, sauf indication contraire, c'est le client donneur d'ordre qui supporte tous les frais et non le bénéficiaire (on parle alors de charges OUR) [10]. On le voit, l'instrument du droit dérivé a changé mais l'idée reste la même que dans la recommandation de 1990 : la transparence doit être un levier pour amener les établissements de crédit à repenser l'organisation transnationale de leurs systèmes de paiement. La date de mise en œuvre dans les Etats est fixée au 14 août 1999. Qu'a fait la profession bancaire devant cette échéance ? Outre la mise au point de certaines normes nécessaires au traitement automatisé des paiements transnationaux [11], elle a surtout préparé un accord.

8. C'est ainsi que l'histoire a pris soudain le chemin du droit de la concurrence. Inévitable conséquence de l'obligation pour les établissements de crédit de donner à leurs clients une information préalable sur les tarifs et les délais d'un virement transfrontière : pour respecter le principe du virement charges OUR, le banquier du donneur d'ordre doit connaître *a priori* le montant des frais qui lui seront facturés par les différents autres banquiers intervenant, y compris le banquier du bénéficiaire. Comment disposer de cette information préalable alors que tous les virements n'empruntent pas le même parcours puisque les circuits dépendent de l'organisation de chacune des banques en cause ? Les cas de figure sont innombrables et imprévisibles : tel virement donné à un établissement de crédit à Bruxelles et à effectuer sur un compte tenu par un établissement de crédit à Athènes devra cheminer selon l'organisation plus ou moins performante de ces deux établissements par le truchement de correspondants eux-mêmes plus ou moins organisés. Certes, le banquier belge pourrait s'entendre avec le banquier grec, mais cela ne réglerait que ce cas de figure : or, il y a neuf mille établissements de crédit dans la Communauté, et il faudrait que chacun s'entende avec chacun des autres ! Mission impossible. Une seule issue s'ouvrait à la profession : conclure un accord multilatéral. Ainsi était née l'idée d'une commission interbancaire

multilatérale, plus généralement appelée « MIF » (Multilateral Interbank Fee). Il est convenu que son montant serait de trois euros et qu'elle serait payée par la banque émettrice à la banque réceptrice, responsable du bon acheminement du virement. On imagine l'énergie, la ténacité et le temps qui ont été nécessaires pour parvenir à un tel accord. Il restait à le soumettre à la Commission européenne en vue d'obtenir confirmation qu'il ne s'agissait pas d'une entente interdite. En juin 2001, les trois fédérations européennes représentant l'ensemble de la profession bancaire, en firent la notification mettant alors la balle dans le camp de la Commission. Les promoteurs de cette MIF avaient sans doute le sentiment d'avoir œuvré dans le sens indiqué par la directive : en ce début de l'été 2001, il leur suffisait maintenant d'espérer le feu vert des services de la Direction générale de la concurrence pour mettre en place cette commission interbancaire. Le coup allait venir d'ailleurs.

9. Le 9 août 2001, c'est-à-dire à J-143 du passage à l'euro fiduciaire, alors que la profession bancaire concentre ses efforts et ses moyens à ce basculement historique, la Commission présente une proposition de règlement posant le principe de non-discrimination entre les opérations de paiements en euro : un même établissement de crédit devra facturer à ses clients des frais identiques pour une opération de paiement national ou pour une opération de paiement transnational [12]. La nouvelle est reçue par la profession bancaire comme un très mauvais coup porté à un très mauvais moment [13]. Pourtant la Commission avait à plusieurs reprises fait savoir que si les enquêtes et les études qu'elle avait demandées, ne montraient pas d'amélioration sensible par rapport aux enquêtes et études menées quelques années plus tôt, elle prendrait des mesures en conséquence. C'est ce qui arriva. L'avertissement avait été très clairement fait dans une communication du 31 janvier 2000 [14]. Différentes résolutions du Parlement européen et des rapports de la Banque centrale européenne avaient également souligné la nécessité d'améliorer les services de paiements transnationaux dans la perspective de l'euro fiduciaire. Le Comité économique et social dans son avis sur la proposition de règlement a bien résumé les deux points de vue en présence : « Cette initiative de la Commission représente l'aboutissement d'un dialogue instauré voilà plus de dix ans de cela entre la Commission, les banques et les consommateurs ; tandis que pour leur part, la Commission et les consommateurs jugeaient, et jugent, inacceptable le niveau des coûts des paiements transfrontaliers, les banques avançaient quant à elles des arguments économiques, techniques et organisationnels pour justifier les différences de prix entre opérations domestiques et internationales. Bien qu'il ait adopté différentes sortes de mesures, le secteur bancaire n'a pas su, ou pas pu, répondre pleinement aux attentes. La proposition de règlement adoptée par la Commission vise à apporter une réponse définitive à ce problème » [15].

A quelques mois de la mise en circulation des pièces et des billets en euro, la Commission ne pouvait trouver un moment plus propice pour faire adopter le règlement qu'elle proposait.

10. Présenté en août, le règlement est adopté le 19 décembre 2001 par le Parlement européen et le Conseil et sa publication au *Journal officiel* est faite le 28 décembre [16] : qui dit mieux ? Il y a là de quoi faire rêver certains fonctionnaires européens, ceux par exemple qui ont travaillé presque toute leur vie professionnelle pour voir enfin paraître les textes sur la société européenne ou sur l'assainissement et la liquidation

des établissements de crédit. La rapidité de l'adoption du règlement sur les paiements transnationaux est évidemment due à l'état de grâce autour de la naissance de l'euro fiduciaire. Qui, hormis la profession bancaire, pouvait s'y opposer ? Qui pouvait contester l'idée que les paiements en euro devaient être traités de la même façon par un même établissement de crédit. Et si au moment du vote au Conseil, l'Autriche s'est abstenue, c'est parce qu'on venait de décider que les dispositions seraient applicables seulement à compter du 1er juillet 2002 (pour les paiements électroniques) et du 1er juillet 2003 (pour les virements) et non pas à compter du 1er janvier 2002 et du 1er janvier 2003 comme initialement prévu dans la proposition. La présidence belge a largement contribué à l'adoption du texte en le laissant à l'ordre du jour du Conseil Marché intérieur [17], alors que la profession bancaire avait espéré, en vain, qu'il relèverait de la compétence du Conseil Ecofin, plus sensible à ses arguments économiques et techniques. Cette profession ne manqua pas de présenter son plan pour traiter le problème au fond, de rappeler qu'à court terme, elle était prête à mettre en place la MIF dès que l'accord serait validé par la Commission, et d'avancer un argumentaire solidement étayé par un calendrier précis sur d'autres engagements : elle ne parvint pas à renverser le mouvement. Le Parlement européen ne cachait pas son enthousiasme pour la proposition de règlement [18] ; tout fut réglé selon une procédure extrêmement serrée et parfaitement synchronisée, pour que le texte soit adopté avant la mise en circulation de l'euro fiduciaire. Certes, la Banque centrale européenne, avait émis quelques réserves sur le caractère un peu trop brutal de la contrainte imposée aux établissements de crédit, mais elle ne pouvait que souscrire aux objectifs du texte puisqu'elle les avait maintes fois rappelés depuis le 1er janvier 1999 [19].

Politiquement rien ne pouvait arrêter l'adoption du texte : tout, au contraire, jouait en sa faveur [20]. Et il y a plus encore...

11. Une forme de surenchère est apparue de la part d'Etats n'ayant pas adopté la monnaie unique : en effet, on peut lire à la fin de ce règlement pourtant expressément conçu pour les paiements en euro, qu'il est également applicable aux paiements transnationaux effectués dans la monnaie d'un autre Etat membre dès lors que celui-ci notifie à la Commission sa décision d'en étendre l'application à sa monnaie. Etrange disposition si on n'en connaît pas l'origine : elle a été ajoutée à la demande de la Suède, sans doute hostile à l'idée que sa monnaie reste en dehors de l'espace de paiement en construction. Une telle demande ne pouvait être repoussée puisque, on s'en souvient, le texte est pris sur la base de l'article 95 par. 1 CE, c'est-à-dire dans l'optique d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur lequel concerne les quinze et leurs monnaies ! Y a-t-il une meilleure preuve que le concept d'espace unique de paiement est désormais considéré partout comme une condition du marché intérieur ? Extraordinaire succès : alors que l'espace unique de paiement a été présenté comme le cadre logique de la monnaie unique, désormais il la dépasse. Décidément, l'histoire de la libre circulation des paiements n'en finit pas de livrer quelques surprises.

12. Et maintenant ? Il reste à mettre en œuvre le principe posé dans le règlement. Plusieurs options s'offrent aux établissements de crédit : ils sauront choisir celles qui répondront le mieux à la fois à l'exigence d'une bonne rentabilité et à celle d'une bonne image (ce qui est probablement la même chose). Quant à la MIF, la première

réaction est de penser qu'elle n'est plus à l'ordre du jour. Il semble pourtant qu'elle le demeure : la notification faite en juin 2001 n'a pas été retirée par la profession bancaire. Les établissements de crédit attendent toujours que la Commission leur donne le feu vert pour appliquer entre eux le tarif unique de trois euros, ce qui leur permettrait de mieux gérer la contrainte imposée par le règlement à l'égard de leur clientèle.

L'histoire ne s'arrête pas là. Des rebondissements sont à prévoir, par exemple du côté des trois Etats de l'EEE (Islande, Lichtenstein, Norvège) auxquels le texte est applicable et qui soulèvent la question de leur participation à TARGET, et plus tard du côté des Etats de l'élargissement. La libre circulation des paiements ouvre de nouvelles pistes de débats ; le destinataire de ces lignes y sera, sans doute, encore un acteur majeur.

Rédaction achevée le 25 mars 2002

Notes

[1] J.-V. Louis, « L'euro et l'unification du droit des affaires », *Rev. jurisp. com.*, numéro spécial, *Le droit des affaires au XXI^e siècle*, janvier 2001, p. 137.

[2] Arrêt *Casati*, qu'on ne peut s'empêcher de citer pour la référence au commentaire de J. -V. Louis, « Free movement of capital in the Community : the Casati Judgment », *CML Rev*., 1982, p. 443-452.

[3] D. Servais, *Un espace financier européen*, OPOCE, 4e éd. 1995 ; Ph. Vigneron, P. Steinfeld, « La Communauté européenne et la libre circulation des capitaux : les nouvelles dispositions et leurs implications », *CDE*, 1996/3-4, p. 401 et s. ; Ph. E. Partsch, « articles 56-60 traité CE », *in* Ph. Léger (dir.), *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing et Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000.

[4] J. Allix, « La politique communautaire dans le domaine des moyens de paiements : l'espace unique de paiement », *REDC*, 2000, p. 1 ; voy. également, B. Angel, « Les paiements transfrontaliers en euro », *RMCUE*, 451, septembre 2001, p. 516.

[5] Les paiements dans le marché intérieur européen, COM (90) 447 final du 26 septembre 1990.

[6] Recommandation de la Commission du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières, *JOCE*, n° L 67, 15 mars 1990, p. 67.

[7] *JOCE*, n° C 72, 15 mars 1993, p. 158.

[8] *JOCE*, n° C 360, 17 décembre 1994, p. 13.

[9] Directive 97/5 du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, *JOCE*, n° L 43, 14 février 1997, p. 25. Pour un très utile commentaire, voy. notamment D. Devos, « Les virements transfrontaliers, analyse de la directive européenne 97/5 du 27 janvier 1997 », *Revue de la banque*, 1998/1, p. 43.

[10] Article 7 de la directive du 27 janvier 1997, *op. cit*.

[11] Ainsi l'IBAN (International Banking Account Number) et le BIC (Bank Identifier Code).

[12] Voy. commentaire M. Dassesse, « Chronique Services financiers octobre 2000 – octobre 2001 », *JTDE*, janvier 2002, p. 16.

[13] Voy. intervention de P. Simon, *in* conférence *Payer en euro dans le marché intérieur*, Bruxelles, 24 septembre 2001, texte disponible comme celui de tous les autres orateurs, sur le site de la Commission européenne, Direction du marché intérieur, services financiers.

[14] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Les paiements de détail dans le marché intérieur », COM(2000) 36 final.

[15] Avis du Comité économique et social du 29 novembre 2001, au rapport de M. Burani, *JOCE*, n° C 48, 21 février 2002, p. 141.

[16] Règlement n° 2560/2001 du Parlement européen et du Conseil concernant les paiements transfrontaliers en euro, *JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 13.

[17] Voy. Conclusions de Ch. Picqué, *in* conférence *Payer en euro dans le marché intérieur*, *op. cit.*

[18] K. Peijs, *ibid*.

[19] T. Padoa Schoppa, *ibid.* et avis de la BCE du 26 octobre 2001, *JOCE*, n° C 308, 1er novembre 2001, p. 17.

[20] F. Bolkestein, R. Prodi, *in* conférence, *Payer en euro dans le marché intérieur, op. cit.*

Legal Consequences of Non-Participation in the Euro : A View from the United Kingdom

John A. Usher

A. The Legal Context

While this paper is essentially concerned with the legal consequences of the UK's invocation of the Protocol attached to the Maastricht treaty so as not to participate in the third stage of Economic and Monetary Union, that Protocol is not the beginning of the story ; it may be observed that the original version of the EEC Treaty was not totally silent stated in matters concerned with Economic and Monetary Union. It stated in the original Article 3 that the activities of the Community should include "the application of procedures by which the economic policies of the Member States can be coordinated and disequilibria in their balances of payments remedied". This was reflected in the original Article 104, requiring each Member State to pursue the economic policy needed to ensure the equilibrium of its overall balance of payments and to maintain confidence on its currency, and under the original Article 105(1), Member States were to co-ordinate their economic policies so as to facilitate the attainment of those objectives. Those obligations can hardly be said to have been universally observed, and indeed in the context of the common agricultural policy the European Court held in the late 1970s that the floating of exchange rates and the underlying failure to co-ordinate divergent monetary policies constituted a breach of the obligation set out in Article 105(1) [1].

To these provisions the Single European Act, which entered into force in July 1987, added a new Article 102 A (itself replaced by a new version under the Maastricht Treaty, renumbered Article 124 under the Amsterdam Treaty) which provided for the convergence of economic and monetary policies "necessary for the further development of the Community", and further added a new Chapter heading, "Co-operation in Economic and Monetary Policy". The effect of all this came to be considered by the European Court in 1991, when it was asked to give its Opinion

under Article 300 (then Article 228) of the EC Treaty on the compatibility with that Treaty of an agreement with the EFTA countries creating the European Economic Area. The Court gave its Opinion in December 1991 [2], the same month as the Maastricht Treaty was negotiated. In that Opinion, it found it necessary to analyse the nature and objectives of the EC Treaty, and *inter alia* it concluded that the European Community already had the objective of achieving Economic and Monetary Union under the terms of the version of the Treaty then in force.

To a certain extent this merely confirmed what had already happened in the political and legislative spheres : the European Council had decided at its meeting in Madrid in June 1989 that the first stage of Economic and Monetary Union should begin on 1 July 1990, and during 1990 legislation such as Council Decision 90/141 "on the attainment of progressive convergence of economic policies and performance during stage one of EMU" [3] had already been enacted. Hence it may be suggested that all the Community provisions relevant to financial services and monetary movements should be viewed in this overall context, and that the detailed provisions on economic policy and monetary policy set out in the Maastricht Treaty on European Union should be seen as governing movement to and the operation of the second and third stages of Economic and Monetary Union. Furthermore, whilst Article 2 of the EC Treaty, as amended by the Maastricht and Amsterdam Treaties, contains the express statement that the Community should achieve its objectives "by establishing a common market and an economic and monetary union", the requirement in Article 4(2) (formerly Article 3 A (2)) that the activities of the Community "shall include the irrevocable fixing of exchange rates leading to the introduction of a single currency, the ECU, and the definition and conduct of a single monetary policy and exchange rate policy" is declared by the Protocol on Certain Provisions Relating to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland not to apply to the United Kingdom once it had given notice that it would not participate in the third stage [4]. The conclusions drawn from the previous version of the Treaty may therefore be of particular importance in the legal systems of the United Kingdom.

By way of example, although it was adopted before the UK gave its notice in November 1997, Council Regulation 1103/97 on certain provisions relating to the introduction of the euro [5] is concerned in particular with the change from the ECU to the euro which is a matter not envisaged expressly in the EC Treaty. It was however adopted at a Council meeting attended by ministers from all the Member States (including the United Kingdom) under Article 235 (now Article 308) of the EC Treaty, which allows action to attain "one of the objectives of the Community" where the Treaty has not provided the necessary powers. Rather unusually for a Regulation, the statement of reasons explaining the need for the legislation (and hence the justification for the use of Article 235) is somewhat longer than the substantive text. It may be suggested that the rationale for the use of Article 308 is that what was done was a Treaty objective for all those involved – including the UK. Furthermore, as will be seen, use has been made of Article 308 in the general area of Economic and Monetary Union, so as to extend the protection of the euro against counterfeiting to the non-participating States [6].

Be that as it may, the UK did give notice under its Protocol in November 1997 that it did not wish to move to the third stage of Economic and Monetary Union, which leads to consideration of the framework introduced by the Maastricht Treaty. With hindsight, it can be seen that the Maastricht Treaty introduced two different forms of flexibility or differentiated integration. The short-lived Social Protocol took the form of a permission by all the Member States to a group of Member States to use Community institutions and legislation, which can be seen as the precursor of the general provisions on "closer cooperation" in the Amsterdam Treaty. On the other hand, the provisions on Economic and Monetary Union provide for some Member States to receive opt-outs or derogations from binding Treaty obligations and thus provide the model for Title IV of the EC Treaty on visas, asylum and immigration introduced by the Amsterdam Treaty. In the case of Monetary Union, the situation arises not just from the special treatment accorded to the UK and Denmark by special Protocols, but also from the fact that it was appreciated that not all Member States would meet the rather strict criteria for economic convergence laid down as the precondition for participation in the monetary union; such States are referred to as "Member States with a derogation" [7]. A further way in which the EMU provisions have to be regarded as different in nature from the general provisions on closer co-operation is that under Article 43 of the EU Treaty, closer co-operation must not concern areas which fall within the exclusive competence of the Community. On the other hand, in the third stage of economic and monetary union, matters such as monetary policy and exchange rate policy have become areas where those participating in a single currency are not be able to have divergent national policies and which may be regarded as a matter of exclusive Community competence irrespective of the extent to which Community rules have been introduced. Indeed Article 4(2) expressly states that there shall be a "single" monetary policy. It may also be suggested that here, as in the fisheries sector once the deadline for the introduction of the common fisheries policy had expired [8], participating Member States must be regarded as acting as agents of the Community – a situation effectively institutionalised in the European System of Central Banks. Intriguingly, however, it is a matter of exclusive competence only for those who participate.

There is a further link with the general provisions on closer co-operation in that in principle a decision to invoke those provisions may be taken by a qualified majority vote in the Council [9], and the twelve participants in the euro-zone have enough votes to constitute a qualified majority. It is not therefore inconceivable that the twelve might wish for example to use this mechanism to adopt common rules on taxation opposed by some of the non-participants.

B. Non-participation

In one sense, the status of a Member State with a derogation is the obverse of a finding that other Member States fulfil the conditions for the adoption of a single currency. Since the decision was in fact taken to move to monetary union at the final deadline, the status is automatic for those Member States left out under the second sub-paragraph of Article 122(1) : "if the Council has confirmed which Member States fulfil the necessary conditions for the adoption of a single currency, in accordance

with Article 121(4), those Member States which do not fulfil the conditions shall have a derogation".

The status of a Member State with a derogation is however envisaged as being transitional rather than permanent. Under Article 122(2), at least once every two years, or at the request of a Member State with a derogation, the Commission and the European Central Bank must report to the Council in accordance with the procedure laid down in Article 121(1). After consulting the European Parliament and after discussion in the Council, meeting in the composition of the Heads of State or of Government, the Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission, decides which Member States with a derogation fulfil the necessary conditions on the basis of the criteria set out in Article 121(1), and abrogates the derogations of the Member States concerned. It may be submitted that this reference to Article 121(1) could have created problems, because two of the criteria for convergence laid down in that provision relate to the exchange rate mechanism of the European Monetary System, and it may be suggested that this is the reason for creating a European Monetary System Mark II.

The result of being a Member State with a derogation is that the following provisions of the Treaty do not apply to the Member State concerned : Articles 104(9) and (11), which relate to the enforcement of the excessive deficits procedure, Articles 105(1), (2), (3) and (5), which relate to the functions of the European System of Central Banks, Article 106 on the issue of banknotes, Article 110 on the issue of secondary legislation by the European Central Bank, Article 111 on external monetary policy, and Article 112(2)(b) on the appointment of the Executive Board of the European Central Bank. The voting rights of Member States with a derogation are to be suspended for the Council decisions referred to in those Treaty provisions. In that case, under Article 122(5), a qualified majority is defined as two thirds of the votes of the representatives of the Member States without derogation weighted in accordance with Article 205(2), and unanimity of those Member States alone is required for an act requiring unanimity.

The exclusion of a Member State with a derogation and its national central bank from rights and obligations within the ESCB is laid down in Chapter IX of the Statute of the ESCB. The consequence very briefly is that for most purposes in those Statutes, "Member States" means those without a derogation, and "national central banks" means the central banks of Member States without a derogation. In other words, Member States with a derogation are largely excluded from its operation.

However, Article 123(3) provides that if and as long as there are Member States with a derogation, and without prejudice to Article107(3) of the Treaty, the General Council of the ECB referred to in Article 45 of the Statute of the ESCB shall be constituted as a third decision-making body of the ECB. Article 45.2 of the Statute provides that the General Council shall compromise the President and Vice-President of the ECB and the Governors of the national central banks, and that the other members of the Executive Board may participate, without having the right to vote, in meetings of the General Council [10]. Apart from certain advisory and consultative functions, the chief functions of this body would appear to be to take over those tasks of the EMI which, because of the derogations of one or more Member States, still

have to be performed in the third stage, and to give advice in the preparations for the abrogation of the derogations specified in Article 122 of the Treaty [11]. In this context the General Council is to contribute to the necessary preparations for irrevocably fixing the exchange rates of the currencies of Member States with a derogation against the currencies, or the single currency, of the Member States without a derogation, as referred to in Article 111(5) of the Treaty [12]. It is also concerned with those aspects of the ECB's activity which relate to the non-participating States. Thus the ECB Decision laying down the measures necessary for the paying-up of the capital of the ECB by the non-participating central banks [13] was in fact adopted by the General Council of the ECB.

It might finally be observed that Articles 119 and 120, allowing measures to be taken to protect the balance of payments, continue to apply to a Member State with a derogation, and by virtue of Article 124(2), such Member States remain under the obligation in Article 124(1) to treat their exchange rate policy as a matter of common interest, taking account of the experience acquired in cooperation within the framework of the European Monetary System and in developing the ECU.

So far as Denmark and the United Kingdom are concerned, the effect of the Danish Protocol is essentially that Denmark is treated as if it had a derogation [14], and the effect of the UK Protocol is that although United Kingdom has a small number of additional exclusions [15], it also is treated like a Member State with a derogation, except that the provisions allowing for abrogation of the derogation do not automatically apply [16].

C. Asymmetry and Voluntarism in the Monetary Sector

While the UK and Danish Protocols, and the status of a Member State with a derogation, may be matters of binding Treaty law, it may nevertheless be observed that voluntary participation is not unknown in the area of Economic and Monetary Union. This became particularly apparent in the context of the application, on the eve of the move to Economic and Monetary Union, of the convergence criteria set out in Article122 of the EC Treaty. Two of these criteria relate to membership of the exchange rate mechanism of the European Monetary System, membership of which is and always was voluntary, and of which the UK was only a member from 1990 to 1992 :

> "the observance of the normal fluctuation margins provided for by the Exchange Rate Mechanism of the European Monetary System, for at least two years, without devaluing against the currency of any other Member State"
>
> "the durability of convergence achieved by the Member State and of its participation in the Exchange Rate Mechanism of the European Monetary System being reflected in the long-term interest rate levels".

These Treaty texts refer to staying within the normal margin for two years, which gave rise to particular issues in relation to Finland, Italy and Sweden. Italy was one of the original participants in the exchange rate mechanism of the EMS, albeit initially with a wider band of fluctuation of 6%. However, like the United Kingdom, it found itself having to leave the system in September 1992, and did not rejoin until November 1996, less than two years before the assessment was made. Nevertheless,

in its Report [17], the Commission stated that "although the lira has participated in the ERM only since November 1996, it has not experienced severe tensions during the review period and has thus (...) displayed sufficient stability in the last two years". Finland, which only joined the Community in 1995, entered the ERM in October 1996, and in its Report [18] the Commission used wording virtually identical to that used in relation to Italy.

However, Sweden, which also joined the Community in 1995, had not participated at all in the ERM, and was known politically not to wish to participate in stage three of EMU, but did not have the benefit (if such it be) of a special protocol like the UK or Denmark. There is no mention of this last point in the Commission's Report, which instead observes that the Swedish crown had never participated in the ERM, and that during the relevant two years it had fluctuated against the ERM currencies, "reflecting, among other things, the absence of an exchange rate target", and the formal Council Decision [19] uses very similar wording. Both then conclude that Sweden did not fulfil the third convergence criterion. The conclusion may therefore be drawn that while this criterion has not been interpreted literally, a Member State which does not participate at all in the ERM will not be regarded as meeting the criterion, at least if it has suffered currency fluctuation (which is highly likely to be the case). The practical consequence therefore may be said to be that to the extent that membership of the ERM was voluntary, participation in the third stage of Economic and Monetary Union was also voluntary, even if no new Member States were offered the special treatment given to the UK and Denmark.

In this context, it must be emphasised that the convergence criteria are not simply a set of tests which were applied once in 1998 ; they remain relevant so long as there are non-participant Member States, and will be particularly important in the context of the enlargement of the Community. The status of a Member State with a derogation is envisaged as being transitional rather than permanent. Under Article 122(2), at least once every two years, or at the request of a Member State with a derogation, the Commission and the European Central Bank must report to the Council in accordance with the procedure laid down in Article 121(1). After consulting the European Parliament and after discussion in the Council, meeting in the composition of the Heads of State or of Government, the Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission, is then to decide which Member States with a derogation fulfil the necessary conditions on the basis of the convergence criteria set out in Article 121(1), and abrogate the derogations of the Member States concerned. Thus the status of Greece was reconsidered in 2000, leading to its accession to the third stage of Economic and Monetary Union in 2001 [20], and the position of Sweden was reconsidered in 2000 and 2002, but the same conclusion was drawn as in 1998.

The problem with this is that two of the criteria for convergence relate to the exchange rate mechanism of the European Monetary System, the original version of which required the maintenance of bilateral exchange rates derived from central rates against the ECU defined as a "basket" of sums expressed in national currencies of Member States [21]. Such a system clearly could not be maintained when the ECU and most of the national currencies had been replaced by the euro, and this led to the adoption of a Resolution introducing the European Monetary System Mark II [22],

given the failure of the Treaty itself to deal with the question of an exchange-rate mechanism in relations between Member States which participate in Economic and Monetary Union and those which do not. The main features of the European Monetary System Mark II include the fact that, like the first version, participation in the exchange-rate mechanism is voluntary for the Member States outside the euro area, so that the Swedish precedent appears to remain valid – raising the question whether, with hindsight, the UK and Danish Protocols were really necessary. Nevertheless, it is stated that "Member States with a derogation can be expected to join the mechanism" [23].

In September 1998 agreement was reached between the finance ministers of the then Euro-11, the ECB and the ministers and Central Bank governors of Denmark and Greece that Denmark would participate in ERM II within a narrow band of fluctuation of 2.25%, and that Greece would participate within the standard band of plus or minus 15% [24]. However, Greece has gone on to join the euro-zone in January 2001, having been found to meet the convergence criteria [25], leaving Denmark as the only participant in ERM II; the UK and Sweden have taken advantage of its voluntary nature to remain outside the system.

D. Institutions and Procedures

Turning to the institutional aspects of the third stage of economic and monetary union the non-participant Member States, Sweden, which has a derogation, Denmark (which is deemed to have a derogation) and the United Kingdom are not fully involved in the institutional structure of the European Central Bank (ECB) or of the System of Central Banks (ESCB), and are not bound by all its acts. The basic structure derives from Article 8 of the EC Treaty which provides for the establishment of the European System of Central Banks and the European Central Bank in accordance with the procedures laid down in the Treaty; these bodies act within the limits of the powers conferred upon them by the Treaty and by the Statute of the ESCB and of the ECB annexed to the Treaty.

The timetable for their creation was laid down in Article 123, which required that immediately after the decision on the date for the beginning of the third stage had been taken in accordance with Article 121(3), or, as the case may be, immediately after 1 July 1998, the Council should adopt certain provisions required by the Statute [26], and the governments of the Member States without a derogation should appoint the President, the Vice-President and the other members of the Executive Board of the ECB. The decision appointing the members of the Executive Board was in fact taken on 26 May 1998 [27] at a meeting which, though it occurred during a British Presidency of the Council, was chaired by the Austrian Chancellor (Austria being the next Member State to hold the Presidency) in the absence of the United Kingdom. It is further provided that if there are Member States with a derogation, the number of members of the Executive Board may be smaller than provided for in Article 11.1 of the Statute of the ESCB (a President, a Vice-President, and four others), but in no circumstances may it be less than four. However, the full complement of appointments was made, though even with an Executive Board of six, there is no member from six of the participant States, never mind the Member States with a derogation. In this

respect, the Executive Board of the ECB may be regarded as the first Community institutional body with a membership designed to meet its operational needs rather than the representation of the Member States.

The basic framework is set out in Article 107 of the EC Treaty. Under this provision, the ESCB, the Statute of which is laid down in a Protocol annexed to the Treaty, is composed of the ECB and of the national central banks, it is to have legal personality, and the ESCB is to be governed by the decision-making bodies of the ECB which are the Governing Council and the Executive Board. This should however be read with Article 123(3), to the effect that if and as long as there are Member States with a derogation, the General Council of the ECB referred to in Article 45 of the Statute of the ESCB shall be constituted as a third decision-making body of the ECB.

This framework is fleshed out in Article 112 and the Statute. The Governing Council of the ECB comprises the members of the Executive Board of the ECB and the Governors of the national central banks of Member States without a derogation [28]. The Executive Board comprises the President, the Vice-President and four other members. Under Article 112(2)(b), which does not in any event apply to Member States with a derogation [29], the President, the Vice-President and the other members of the Executive Board are appointed from among persons of recognized standing and professional experience in monetary or banking matters by common accord of the Governments of the Member States without a derogation [30] at the level of Heads of State or of Government, on a recommendation from the Council, after it has consulted the European Parliament and the Governing Council of the ECB. Their term of office is to be eight years and may not be renewed. Under the Statute [31], the initial appointments were to be staggered, so that in the future, members would not all be replaced at the same time ; thus the President was appointed for eight years (whatever may be the political understandings relating to that appointment), the Vice President was appointed for four years, and the other members were appointed for terms of, respectively, five, six, seven and eight years [32]. It must finally be emphasised again that only nationals of Member States without a derogation [33] may be members of the Executive Board.

Given the structure outlined above, it may be understood why the ECB as such could not be established on a provisional basis during the second stage – eviction from an existing institution is hardly conceivable politically. However, while there remain Member States not able or willing to participate immediately in the third stage of economic and monetary union, the only decision-making body of the ECB in which they are represented is the General Council referred to in Article 123(3) of the Treaty and Article 45 of the Statute. Under Article 45.2, it consists of the President and Vice-President of the ECB and the Governors of all the national central banks. The other members of the Executive Board may however participate, without having the right to vote, in its meetings. Apart from certain advisory and consultative functions, its principal role is to take over those tasks of the EMI which, because of the derogations of one or more Member States, still have to be performed in the third stage, and to give advice in the preparations for the abrogation of the derogations specified in Article 122 of the Treaty [34]. With regard to the latter function, the General Council is

to contribute to the necessary preparations for irrevocably fixing the exchange rates of the currencies of Member States with a derogations against the currencies, or the single currency, of the Member States without a derogation, as referred to in Article 123(5) of the Treaty. Otherwise, under Article 47.4 of the Statute, "the General Council shall be *informed* by the President of the ECB of decisions of the Governing Council". The General Council has enacted its own Rules of Procedure [35] under Article 46.4 of the Statute; again there is a requirement of a quorum of two-thirds of the members in order for a vote to be taken, and decisions may also be taken by written procedure unless at least three members object [36].

This asymmetry also creates problems at the level of the political institutions particularly with regard to the compositions and functioning of the Council of Ministers. Under the Maastricht provisions, it would appear that in practice the Council of Ministers varied from its basic composition under the Social Protocol; in that case it comprised representatives only of the participant governments. On the other hand the Amsterdam provisions on closer co-operation make it clear that institutionally the non-participants would not be totally excluded. It is provided in Article 44 of the Treaty on European Union that all the members of the Council would be able to take part in deliberations on the matters concerned. However, only the participants would be able to take part in the adoption of decisions and vote. This contrasts with the apparent practice of the UK not to participate in meetings under the Social Protocol, and what appears to be becoming the practice under the third stage of Economic and Monetary Union. Evidence on this last point may be gleaned from the European Council meeting in Luxembourg in December 1997. A Resolution was there agreed on economic policy coordination under Article 99 of the EC Treaty in Stage 3 of EMU [37], Article 99 being a provision with regard to which there is no derogation or opt-out. Article 6 of the resolution recognises that the Ecofin Council (including everyone) is the only body empowered to formulate and adopt "the broad economic policy guidelines which constitute the main instrument of economic coordination" but at the same time accepts that "the Ministers of the States participating in the euro area may meet informally among themselves to discuss issues connected with their shared specific responsibilities for the single currency". If they wish to do that in this context, it can hardly be imagined that they would wish non-participants to be present in discussion of what to them would be their domestic monetary policy. Furthermore, even where ministers representative of all the governments do meet in the Council, it may be observed that the twelve States participating in Economic and Monetary Union total 70 votes between them, which is many more than the number required (62) for a qualified majority, and the three "outs" together have only 17 votes, which is not only insufficient to block a decision but is also far below the threshold required (23-25 votes) to trigger the "Ioannina compromise" to delay a decision [38]. It is therefore not inconceivable that those 12 States might wish, and be able, to use the closer co-operation provisions to adopt legislation on issues linked to the development of Economic and Monetary Union which will be binding only on them.

As mentioned earlier, the result of being a Member State with a derogation is that it is specifically envisaged that certain provisions of the Treaty do not apply to the Member State concerned : Articles 104(9) and (11), which relate to the enforcement

of the excessive deficits procedure, Articles 105(1), (2), (3) and (5), which relate to the functions of the European System of Central Banks, Article 106 on the issue of banknotes, Article 110 on the issue of secondary legislation and imposition of sanctions by the European Central Bank, Article 111 on external monetary policy, and Article 112(2)(b) on the appointment of the Executive Board of the European Central Bank. The voting rights of Member States with a derogation are suspended for the Council decisions referred to in those Treaty provisions. In that case, under Article 122(5), a qualified majority is defined as two thirds of the votes of the representatives of the Member States without derogation weighted in accordance with Article 205(2) – a proportion which seems particularly low in the light of the Nice amendments [39] – and unanimity of those Member States alone is required for an act requiring unanimity.

However, not every case where the "ins" might wish to exclude the "outs" is expressly envisaged in the Treaty, as was indicated above in the context of the December 1997 Resolution on economic policy coordination under Article 99 of the EC Treaty. A specific example arose in relation to the adoption of Council Regulation 2532/98 on the powers of the ECB to impose sanctions [40]. By virtue of Article 122(3) and the UK and Danish Protocols, Article 110(3) on the imposition of fines or penalty payments by the ECB does not apply to the "outs". However, the Regulation was made under the specific powers set out in Article 107(6) of the EC Treaty, from which there is no derogation, and it would appear that the UK (followed by the other "outs") therefore asserted that it was entitled to take part in the vote on the adoption of the Regulation even though it would not apply in the UK. Eventually, in November 1998, the UK agreed that the Regulation could be adopted by the votes of the "ins", but a year later the UK made a declaration recorded in the Council minutes that in its view all Member States could participate in the adoption of legislation under Article 107(6), whereupon nine of the "ins" (Belgium, Germany, Spain, France, Ireland, Italy, Luxembourg, Austria and Portugal) recorded their view that only the Member States which had adopted the euro had the right to vote on such regulations. It would therefore appear to be a matter on which there continues to be a difference of opinion [41].

E. Substantive Legislation

The question therefore has arisen as to whether and how Community legislation binding only on some member States may be extended to others where there is no possibility of opt-in to the legislation as such. A practical example may be seen in the provisions governing the operation of TARGET (Trans-European Automated Real-time Gross settlement European Transfer system), the payments system for the euro. While the fear that the "outs" would be excluded has proved to be unfounded, the price of permitting them to use it is a complex legal framework. This framework is based on a combination of an ECB Guideline [42] adopted by the Governing Council of the ECB addressed to and binding upon the national central banks of the Euro-zone, and the TARGET Agreement between the ECB and the national central banks of the Member States which have not adopted the euro but which wish to connect to TARGET. Effectively the Agreement incorporates the provisions of the Guideline, which can only apply as such within the euro-zone, to apply its terms outside the euro-

zone [43]. On the other hand, a contract between central banks is hardly an appropriate method of extending the territorial scope of e.g. legislation under Title IV, which leaves questions as to whether there could be an agreement between the Community (comprising in this context the Member States participating in an area of enhanced cooperation) and one of its Member States, or between the participating and non-participating Member States, incorporating the terms of the legislation.

However, there may be a simpler solution within the framework of Community law. It may respectfully be suggested that there is a long history of using general powers to legislate on matters which fall outside the scope of the specific Treaty provisions, and that the real question is that of knowing where to draw the line between circumvention and filling a gap. Article 308 provides that if action by the Community should prove necessary to attain, in the course of the operation of the Common Market, one of the objectives of the Community and the Treaty has not provided the necessary powers, the Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the Parliament, take the appropriate measures. A notable example of its use has arisen from the way the Treaty provisions on Economic and Monetary Union were drafted : Article 123(4) of the EC Treaty only provided for the irrevocable fixing of conversion rates for the participant Member States' currencies when the third stage has actually begun. With hindsight, this was far too late : economic operators needed to know the criteria to be used and the legal consequences of the change well in advance. In June 1997 therefore, as mentioned earlier in this paper, the Council enacted a Regulation [44] on certain provisions relating to the introduction of the "euro", setting out *inter alia* the legal consequences of the change, and providing for the replacement of the basket ECU by the euro. Rather unusually for a Regulation, the statement of reasons explaining the need for the legislation (and hence the justification for the use of Article 308) is somewhat longer than the substantive text. This practice has continued : Article 123(4) can, on its express terms, only be used by the Member States without a derogation, i.e. the participants in economic and monetary union, and Council Regulation 1338/2001 [45] laying down measures necessary for the protection of the euro against counterfeiting was enacted under this provision. It was obviously desirable however that such measures should apply throughout the Community, and so Council Regulation 1339/2001 [46] was enacted under Article 308 to apply the substantive provisions of Regulation 1338/2001 to the Member States which are not in the euro-zone. It may be suggested that there could hardly be a more obvious example of using a general provision to circumvent the limits of the specific provision, so as to ensure that the same rules can be applied both to the "ins" and to the "outs".

On the other hand, the introduction of the euro as the unit in which EC agricultural prices are to be expressed by Council Regulation 2799/98 [47] means that for the first time in the long history of the common agricultural policy common prices and payments are expressed in a unit which is the national currency of the Member States with no risk of fluctuation due to exchange risks ; in other words common prices and payments are genuinely common. Regrettably, however, that is only the situation for the twelve Member States which participate in the euro ; exchange risks do remain for the other three Member States, Denmark [48], Sweden and the United Kingdom. In those Member States, the prices in euro are converted into their national currency

by means of an exchange rate (the currency market exchange rate between the euro and the national currency), and in principle granted or collected in national currency. For producers in the "outs" therefore there remains an exchange risk, though under Article 4 of the Regulation the Member State concerned may grant compensatory aid to farmers in cases of appreciable revaluation, defined as a situation where the annual average exchange rate is below a threshold constituted by the lowest average annual conversion rate applied during the preceding three years and the exchange rate of 1 January 1999. This aid is however different in nature from its predecessors, reflecting, it may be suggested, the influence of the Uruguay Round Agreement on Agriculture.

In order presumably to avoid its inclusion in the domestic support the Community is required to reduce under that Agreement [49], the aid is calculated on a flat-rate basis decoupled from actual production, thus falling within the exemptions from the reduction commitments listed in Annex 2 to the Agreement. Under Article 4(1) of Regulation 2799/98, it is made clear that the compensatory aid payments that Member States may grant to farmers in the case of appreciable revaluation "shall not take the form of aid linked to production, other than production during a stipulated, prior period. They shall not favour any particular type of production or be dependent on production subsequent to the period stipulated". Such payments are to be made in three twelve month tranches, and Article 4(2) provides for the maximum amount of the first tranche of compensatory aid to be established, for the Member State concerned as a whole, by multiplying the appreciable part of the revaluation by the *flat-rate income loss* (emphasis added) calculated according to a formula set out in the Annex to the Regulation.

There is separate provision for compensation in relation to flat-rate aid calculated per hectare or per livestock unit, compensatory premiums per sheep or goat, and amounts of a structural or environmental nature [50] where the exchange rate applicable on the date of the operative event is below that applicable previously. Again the payments are in three tranches, calculated in accordance with the Annex and subject to progressive reduction, but it is specified that such compensatory aid must be granted in the form of an addition to the aid, premiums and amounts concerned – which of course are themselves of a flat-rate nature.

For these specific payments and amounts, the Community's contribution is 50% of the aid which may be granted, even if the Member State withdraws from participation in financing the aid, but otherwise the general rule is that the Community's contribution is 50% of the amounts actually paid by the Member State concerned [51].

It might finally be observed that Regulation 2799/98 also provides that if a non-participating Member State decides to pay the expenditure resulting from legal instruments relating to the common agricultural policy in euro rather than in its national currency "the Member State shall take such kind of measures that the use of the euro does not provide a systematic advantage compared with the use of national currency".

Turning to the effects of this asymmetry on the internal market in general, it is clear that for the private citizen the freedom to purchase financial services or to make investments in another Member State only becomes a reality where there is no

exchange risk and no risk of government-inspired differences in interest rates between those States, a situation which now exists for the euro-12, but only for the euro-12. However, if advantage is taken of such opportunities by private citizens, governments become all too well aware of the consequences for their exchequers of a lack of tax coordination – hence the current proposals for a Directive on the taxation of savings income [52] – which would however apply to all the Member States.

Asymmetry is also evident with regard to monetary policy. Article 4(2) of the EC Treaty provides for the "conduct of a single monetary policy and exchange rate policy" , and for the participants in Economic and Monetary Union, monetary policy (and the conduct of foreign exchange operations) has become a matter of Community competence, defined and implemented by the European System of Central Banks, by virtue of Article 105(2) of the EC Treaty, with the primary objective of maintaining price stability. It will not therefore be possible, for example, for interest rates which relate to monetary policy to be fixed at the national level. Unfortunately, the Treaty does not define the concept of monetary policy, but it is evident from the Statute of the ESCB and from the ECB document entitled "The Single Monetary Policy in the Euro Area" [53] that the monetary policy instruments available to the ECB operate at the level of the wholesale money markets. It may conduct open market operations, offer standing facilities, and require credit institutions to hold minimum reserves on accounts with the ESCB, and the interest rates it sets as a matter of monetary policy operate at this level.

On the other hand, although under Article 99(1), Member States are to regard their economic policies as a matter of common concern and are to coordinate them within the Council, they remain national policies; more particularly, government deficits and government debt remain the responsibility of national governments even if they participate in the third stage of Economic and Monetary Union, and Article 104 on the excessive deficits procedure falls under the Chapter heading "Economic Policy". In the structure of the Treaty it is a matter of national competence which is subject to Community coordination; hence the continuing obligation for Member States to meet the criteria. Under Article 104(2), the relevant criteria relate to the ratio of the planned or actual government deficit to gross domestic product and to the ratio of government debt to gross domestic product. These criteria are further refined in the Protocol on the Excessive Deficit Procedure, according to which government deficit must not exceed 3% of GDP, and government debt must not exceed 60% of GDP, but they are not absolute. A Member State which breaches the deficit ratio will not be regarded as having an excessive government deficit if the ratio has declined "substantially and continuously" and reached a level that comes close to the reference value, or, alternatively, the excess over the reference value is only "exceptional and temporary" and the ratio remains close to the reference value [54]. Furthermore a higher ratio of government debt will not be regarded as excessive if the ratio is "sufficiently diminishing" and approaching the reference value "at a satisfactory pace" [55].

During the second stage, Member States were merely under the obligation to "endeavour" to avoid excessive government deficits [56], and this remains the situation for the United Kingdom under its Protocol. Nevertheless, non-participating Member States are required to submit Convergence Programmes on the same time-scale as

the euro-zone countries have to submit Stability Programmes [57]. A convergence programme must present the following information in particular on variables related to convergence :

"(a) the medium-term objective for the budgetary position of close to balance or in surplus and the adjustment path towards this objective for the general government surplus/deficit; the expected path for the general government debt ratio; the medium-term monetary policy objectives; the relationship of those objectives to price and exchange rate stability;
(b) the main assumptions about expected economic developments and important economic variables which are relevant to the realization of the convergence programme, such as government investment expenditure, real GDP growth, employment and inflation ;
(c) a description of budgetary and other economic policy measures being taken and/or proposed to achieve the objectives of the programme, and, in the case of the main budgetary measures, an assessment of their quantitative effects on the budget;
(d) an analysis of how changes in the main economic assumptions would affect the budgetary and debt position".

Apart from the references to monetary policy and exchange rates, this information is very similar to that required in Stability Programmes, and its treatment before the Council is also very similar, with provisions for monitoring [58] and for issuing recommendations in accordance with Article 99(4) [59].

Substantive differentiation may also be found in the broad area of prudential supervision of the financial services sector. The basic objectives and tasks of the ECSB and the ECB are set out in Articles 105 and 106 of the EC Treaty, neither of which apply to the UK [60], with one exception, and most of which do not apply to other Member States with a derogation [61], with two exceptions. There is one exception in common, i.e. a provision which applies to all Member States, which is Article 105(6), a provision of considerable importance to the commercial banking community. Under this, the Council may, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the ECB and after receiving the assent of the European Parliament, confer upon the ECB specific tasks concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions with the exception of insurance undertakings. If this power is used, it could have considerable consequences for the "general good" provisions of the Credit Institutions Directive [62], for example. In any event, it may be suggested that legislation enacted for purposes of monetary policy may have consequences for prudential supervision. Thus, Council Regulation 2533/98 on the collection of statistical information by the ECB [63] and ECB Regulation 2819/98 on the consolidated balance sheet of the monetary financial institutions sector [64] may be intended to provide information to drive monetary policy, but it may be suggested that such information would also be useful for prudential purposes. Similarly Council Regulation 2531/98 [65] and ECB Regulation 2818/98 on the application of minimum reserves [66] in principle require credit institutions in the participating Member States, but only credit institutions in the participating Member States, to hold 2% of their reserve base (deposits, debt securities and money market paper, subject to certain exceptions) in a reserve account with the national central bank in each participating Member State in which they have an establishment, in

relation to their reserve base in the corresponding State [67]. This may be intended as an instrument for the performance of money market management and monetary control functions [68], but it also has a palpable prudential effect.

The provision from which only the UK is excluded is Article 105(4), under which the ECB is to be consulted on any proposed Community act in its fields of competence and by national authorities regarding any draft legislative provision in its fields of competence [69]; it further provides that the ECB may submit opinions to the appropriate Community institutions or bodies or to national authorities on matters in its fields of competence. As fleshed out in Council Decision 98/415 on the consultation of the ECB by national authorities regarding draft legislative provisions [70], the duty to consult extends to currency matters, means of payment, national central banks, the collection, compilation and distribution of monetary, financial, banking, payment systems and balance of payments statistics, payment and settlement systems, and rules applying to financial institutions "in so far as they materially influence the stability of financial institutions and markets". Non-participating Member States bound by this obligation must also consult the ECB on any draft legislative provisions on the instruments of monetary policy (which is no longer a matter of national competence for the participant Member States) [71].

F. Judicial Remedies

However, in the context of the asymmetry discussed above, it is at the level of judicial remedies and judicial protection that serious issues arise which do not so far appear to have been addressed in the Treaty texts. Put very simply, can Member States which do not participate in a particular area of joint activity, their courts and their citizens, exercise EC judicial remedies in relation to acts adopted in that area? There is a general statement in Article 11(4) on closer co-operation, and maintained in the Nice amendments, that "the acts and decisions necessary for the implementation of co-operation activities shall be subject to all the relevant provisions of this Treaty", but it may be argued that this still leaves a number of issues open to debate.

There is one area where the matter is relatively clear. In the specific context of references for preliminary rulings, the Amsterdam Treaty does deal with the matter in relation to the voluntary system of references under the revised Third Pillar in Article 35(4) TEU. This lays down that any Member State, whether or not it has made a declaration accepting the jurisdiction of the Court, shall be entitled to submit statements of case or written observations to the Court. The position also seems relatively clear with regard to references under Title IV of the EC Treaty where the UK and Ireland opt-in to measures under that Title : Article 6 of the UK and Irish Protocol provides that "where, in cases referred to in this Protocol, the United Kingdom or Ireland is bound by a measure adopted by the Council pursuant to Title IV of the Treaty establishing the European Community, the relevant provisions of that Treaty, including Article 68, shall apply to that State in relation to that measure", Article 68 being the provision governing references for a preliminary ruling under Title IV. The argument may be made *a contrario* that where the UK and Ireland do not participate in a measure, Article 68 does not apply to them in relation to questions arising as to the interpretation or validity of that measure, particularly since Article 2 of the Protocol [72]

provides that none of the provisions of Title IV, no measure adopted pursuant to that Title, no provision of any international agreement concluded by the Community pursuant to that Title, and no decision of the Court of Justice interpreting any such provision or measure shall be binding upon or applicable in the United Kingdom or Ireland. It also provides that no such provision, measure or decision shall in any way affect the competences, rights and obligations of those States; and no such provision, measure or decision shall in any way affect the *acquis communautaire* nor form part of Community law as they apply to the United Kingdom or Ireland.

More generally however, the issues which the present author has raised in a number of other papers [73] still remain. With regard to actions for annulment, the established situation is that in so far as rights of action are conferred upon them by the substantive Treaty provisions, and with regard to the acts susceptible to challenge under the provisions, no real problems of *locus standi* would appear to arise with regard to actions for annulment brought by Member States, the Council, the Commission or, when the Nice amendments enter into force, the European Parliament [74]. On the other hand, it may be observed that a government, even the government of an area falling within the Community, which is not that of a Member State as such, is treated on the same basis as a natural or legal person, as happened to the government of Gibraltar in Case C-298/89 *Gibraltar v. Council* [75], i.e. it has to show that the act at issue is of direct and individual concern to it. Does a non-participant government therefore have an absolute right to bring an action for annulment of an act of the ECB which by definition does not apply to it, or does it have to show direct and individual concern?

A related problem has in fact already arisen in the context of references for preliminary rulings, under the 1971 Protocol on the interpretation by the Court of the 1968 Judgments Convention, where the Court took an approach not mentioned in the Treaty texts. The background is that the first reference under that Protocol, Case 12/76 *Tessili Como v. Dunlop* [76] was heard in 1976, before the Member States which had joined the Community in 1973 had signed the Accession Convention to the Brussels Convention, which occurred in 1978 (and was eventually introduced into the legal systems of the UK by the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982). In the course of the proceedings, the question arose as to whether the UK and Ireland could exercise the right to submit observations with regard to the interpretation of a Convention to which they were not parties. The answer given by the European Court was that under the 1972 Act of Accession, the new Member States were *legally obliged* (emphasis added) to accede to the 1968 Convention, and that they therefore had an interest in expressing their views when the Court was called upon to interpret a Convention to which they were required to become parties.

If the test laid down in *Tessili Como v. Dunlop* were to be applied more generally, in particular in the context of direct actions for annulment, it would produce some interesting results in the current areas of variable geometry. In the context of economic and monetary union, the "Member States with a derogation" remain bound by the obligation to achieve that objective [77] and therefore would be able to challenge acts of Community institutions representing the participant States and ostensibly binding only on those States. On the other hand, following the UK's notice that it will not participate, it is not according to the Protocol subject to the basic Treaty obligation,

and under the Court's test would not be able to exercise its special rights as a Member State, but would rather be left to show direct and individual concern. It may be suggested that this would also be the situation under Title IV, since the UK, Irish and Danish Protocols expressly provide that no measure adopted pursuant to that Title, and no decision of the Court of Justice interpreting any such provision or measure shall be binding upon or applicable in those States. They also provide that no such provision, measure or decision is in any way to affect the competences, rights and obligations of those States; and no such provision, measure or decision is in any way to affect the *acquis communautaire* nor form part of Community law as they apply to those States. It may be wondered whether the same test should be applied to a non-participant in an area of closer or enhanced cooperation under Article 11 of the EC Treaty.

On the other hand, with regard to private actions for annulment, it may be suggested that the requirement to show direct and individual concern circumvents the problem: there is a long history of actions for annulment being brought by applicants who are neither citizens of nor resident in a Member State [78].

Problems remain however with regard to the making of references for preliminary rulings in those areas of differentiated activity where the Treaty does not set out specific rules, notably the third stage of Economic and Monetary Union. This has commenced without the participation of the UK, Denmark or Sweden, and the question arises as to whether a court in one of those Member States, faced e.g. with a dispute relating to an ECB decision relating to the use of the euro, make a reference as to its interpretation? To the extent that the decision is to be regarded as a Community act and the court is a court or tribunal of a Member State in terms of Article 234 of the EC Treaty, it may be suggested that this question should be answered in the affirmative. What however if the UK voluntarily adopted domestic rules which reflected the ECB decision? While the analogy is not perfect, there are a number of instances where the Court has been willing to interpret Community acts where what was at issue before the national court was not the Community act as such but national legislation which made reference to or used the language of the Community act [79]. On the other hand if a dispute arose as to the interpretation of the Agreement extending the TARGET payments system to the UK, this would presumably be an act of the ECB within the meaning of Article 234.

G. Conclusions

While differentiated integration as practised in the context of Economic and Monetary Union may solve political problems for the UK and Denmark in particular, and it may also solve practical problems for new Member States with weaker economies**,** it is already becoming apparent that it gives rise to a number of institutional problems not expressly foreseen in the Treaty texts, particularly with regard to the exercise of judicial remedies. Furthermore, substantive asymmetries have already begun to appear, notably in the area of the common agricultural policy with its common price and payment structure now fixed in euro, and it may be suggested that differences in the practical operation of the internal market are also appearing. Ingenious legal constructions have nevertheless been used to maintain the reality of common rules in some areas, but it may be suggested that the fissures between the "ins" and the "outs" are spreading beyond economic and monetary union as such.

Notes

[1] See e.g. Cases 80-81/77, *Ramel v. Receveur des Douanes*, *ECR*, 1978, p. 927.

[2] *Opinion 1/91*, *ECR*, 1991, p. I-6079 ; the Court in fact held that version of the agreement not to be compatible with the EC Treaty, largely because of its institutional structure, but approved a revised version in April 1992 in Opinion 1/92, *ECR*, 1992, p. I-2821.

[3] *OJEC*, n° L 78, 24 March1990, p. 23.

[4] Protocol par. 5.

[5] *OJEC*, n° L 162, 19 June 1997, p. 1.

[6] Council Regulation 1339/2001, *OJEC*, n° L 181, 4 July 2001, p. 11.

[7] Article 122 of the EC Treaty.

[8] Case 804/79, *Commission v. UK*, *ECR*, 1981, p. 1045.

[9] Though a dissentient may "for important and stated reasons of national policy" in effect require that the matter be referred to the Council meeting in the compositions of Heads of State or Government for decision by unanimity.

[10] Its Rules of Procedure were published in *OJEC*, n° L 75, 20 March 1999, p. 36.

[11] Statute Articles 44 and 47.1.

[12] Statute Article 47.3.

[13] ECB Decision 1998/14, *OJEC*, n° L 110, 28 April 1999, p. 33.

[14] Danish Protocol Article 2.

[15] UK Protocol Article 5.

[16] *Ibid*.

[17] Par. 1.3.7.

[18] Par.1.3.12.

[19] Council Decision 98/317, *OJEC*, n° L 139, 11 May 1998, p. 30.

[20] Council Decision 2000/427 on the adoption by Greece of the single currency, *OJEC*, n° L 167, 7 July 2000, p. 19.

[21] See J. A. Usher, *The Law of Money and Financial Services in the EC*, Oxford University Press, 2nd edition, 2000, p. 173-178.

[22] European Council Resolution of 16 June 1997 ("Rapid" Information Service 18 June 1997).

[23] European Council Resolution of 16 June 1997, par.1.6.

[24] *Bulletin Quotidien Europe*, n° 7310, 28 and 29 September 1998.

[25] Council Decision 2000/427 on the adoption by Greece of the single currency, *OJEC*, n° L 167, 7 July 2000, p. 19.

[26] See Article 106(6).

[27] Decision 98/345, *OJEC*, n° L 154, 28 May 1998, p. 33.

[28] Article 112(1) ; Statute Article 10.1 read with Article 43.4.

[29] Article 122(3).

[30] Article 122(4).

[31] Article 50.

[32] Decision 98/345, *OJEC*, n° L 154, 28 May 1998, p. 33.

[33] Article 122(4).

[34] Statute Articles 47.1 and 44.

[35] *OJEC*, n° L 75, 20 March 1999, p. 36.

[36] Articles 4.1 and 4.3.

[37] Annex I to the Conclusions of the Luxembourg European Council, 12 and 13 December 1997.

[38] See J. A. Usher, *EC Institutions and Legislation*, Longman, 1998, p. 23-25.

[39] The normal current qualified majority represents just over 71% of the weighted votes, but under the Nice Protocol on the Enlargement of the EU, a qualified majority in an enlarged EU would represent 74.78% of the weighted votes.

[40] *OJEC*, n° L 318, 27 November 1998, p. 4. An account of the legal debates is given in P. Vigneron and M.R. Mollica, "La différenciation dans l'Union économique et monétaire", *Euredia*, *Revue européenne de droit bancaire et financier*, 197, 2000, at p.219-227.

[41] This is reflected also in the academic literature : the UK view was in effect supported by Professor Louis, "A legal and institutional approach for building a Monetary Union", *CML Rev*., 33, 1998, at p. 65, though he clearly expressed relief that, if that was the situation, Article 107(6) only requires a qualified majority in the Council. On the other hand, P. Vigneron and M.R. Mollica (*op. cit*.) argue on a teleological basis in favour of the majority view.

[42] Similar in legal nature to an EC Directive ; see J.-V. Louis, *op. cit.*, at p. 54-58. The current version is set out in ECB Guideline 2001/3, *OJEC*, n° L 140, 24 May 2001, p. 72, as amended by ECB Guideline 2002/1, *OJEC*, n° L 67, 9 March 2002, p. 74.

[43] ECB Third Progress Report on the TARGET project, November 1998, p. 18.

[44] Council Regulation 1103/97, *OJEC*, n° L 162, 1997, p. 1.

[45] *OJEC*, n° L 181, 4 July 2001, p. 6.

[46] *OJEC*, n° L 181, 4 July 2001, p. 11.

[47] *OJEC*, n° L 349, 24 December 1998, p. 1.

[48] Which however participates in the European Monetary System Mark II within a band of fluctuation of 2.25 %.

[49] Article 6 of the Agreement.

[50] Article 5.

[51] Article 6.

[52] COM (2001) 400.

[53] The current version is set out in the Annex to ECB Guideline 2002/2 on monetary policy instruments and procedures of the Eurosystem, *OJEC*, n° L 185, 15 July 2002, p. 1.

[54] Article 104(2)(a).

[55] Article 104(2)(b).

[56] Article 116(4).

[57] Article 7 of Council Regulation 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions, *OJEC*, n° L 209, 2 August 1997, p. 1.

[58] Article 9 of Council Regulation 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions, *OJEC*, n° L 209, 2 August 1997, p. 1.

[59] Article 10 of Council Regulation 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions, *OJEC*, L 209, 2 August 1997, p. 1.

[60] UK Protocol Article 5.

[61] Article 122(3).

[62] EP and Council Directive 2000/12 on taking-up and pursuit of the business of credit institutions, *OJEC*, L 126, 26 May 2000, p. 1.

[63] *OJEC*, n° L 318, 27 November 1998, p. 8.

[64] *OJEC*, n° L 356, 30 December 1998, p. 7.

[65] *OJEC*, n° L 318, 27 November 1998, p. 1.

[66] *OJEC*, n° L 356, 30 December 1998, p. 1.

[67] ECB Regulation Articles 4.2 and 6.1.

[68] Recitals to the Council Regulation.

[69] But within the limits and under the conditions set out by the Council in accordance with the procedure laid down in Article 107(6).

[70] *OJEC*, n° L 189, 13 July 1998, p. 42.

[71] Article 2.

[72] There is a similar provision in Article 2 of the Danish Protocol.

[73] Beginning with J. A. USHER, "Variable Geometry or Concentric Circles : Patterns for the European Union", *ICLQ*, 243, 1997, at p. 270-272.

[74] Under a revised text of Article 230 of the EC Treaty.

[75] *ECR*, 1993, p. I-3605.

[76] *ECR*, 1976, p. 1473.

[77] Even if, as in the case of Sweden, they can avoid that obligation by not joining the exchange rate mechanism of the European Monetary System.

[78] See, to take a couple of random examples, Case 60/81, *IBM v. Commission*, *ECR*, 1981, p. 2639, or Case C-49/88, *Al-Jubail Fertiliser v. Council*, *ECR*, 1991, p. I-3187.

[79] Cases C-294/88 & C-194/89 *Dzodzi*, *ECR*, 1991, p. I-3763, and Case 231/89, *Gmorzynska-Bscher*, *ECR*, 1990, p. I-4003.

Instaurer une coopération renforcée pour l'Eurogroupe ?

Philippe VIGNERON [1]

A. Introduction

Le concept de coopération renforcée a été introduit dans le droit communautaire par le traité d'Amsterdam. Par la suite, il a été modifié par le traité de Nice, qui en a réaménagé l'ensemble du dispositif. Jusqu'à présent, ce concept n'a pas été mis en application et aucune coopération renforcée n'est entrée en vigueur bien qu'il en ait été plusieurs fois question.

L'Eurogroupe est un groupe informel réunissant, depuis 1998, les ministres des Finances des Etats membres de la zone euro avant chaque Conseil Ecofin, afin de débattre des politiques économiques de ces Etats membres.

La question abordée dans cet article est de savoir s'il serait opportun de constituer l'Eurogroupe en coopération renforcée afin de permettre l'approfondissement de la coordination des politiques économiques desdits Etats.

Pour ce faire, on examinera d'abord comment se présente le dispositif relatif aux coopérations renforcées dans le traité, on abordera ensuite la question de la différenciation dans l'Union économique et monétaire (UEM) ainsi que le cadre juridique et politique au sein duquel fonctionne actuellement l'Eurogroupe et, enfin, on cherchera à déterminer si une telle coopération renforcée pourrait être instaurée et serait utile en vue d'approfondir la coordination des politiques économiques des Etats membres de la zone euro

B. Le concept de coopération renforcée

1. Nature du concept

Le concept de coopération renforcée s'inscrit dans la problématique générale de la « différenciation », terme générique couvrant une série d'expressions qui traitent

toutes de l'introduction d'une certaine flexibilité dans le principe d'unité régissant le droit communautaire.

Cette problématique s'est largement développée au cours de ces dernières années, y compris dans les médias, car il est devenu de plus en plus évident que tous les Etats membres ne partageaient pas exactement les mêmes vues « quant à la signification, à l'intensité, et au devenir du processus d'intégration » [2], phénomène qui risquait de s'amplifier avec l'élargissement de l'Union.

Certes, comme le souligne très justement Hervé Bribosia, « la différenciation est inhérente à la construction européenne, ne fût-ce que dans la mesure où les Etats membres peuvent continuer d'exercer – individuellement ou collectivement dans un cadre extérieur à l'Union – leurs compétences concurrentes de manière compatible avec le droit de l'Union » [3]. Il en va d'ailleurs de même lorsque les Etats membres transposent des directives et disposent ainsi d'une marge de manœuvre « quant à la forme et aux moyens de cette transposition » [4].

Cependant, la différenciation, au sens strict du terme, couvre une problématique qui dépasse ce simple constat en ce qu'elle concerne plus particulièrement les dispositions qui imposent ou permettent, dans le cadre même de l'ordre juridique communautaire, que les Etats membres ne soient pas tous soumis au même régime juridique. Il en est ainsi de certaines dérogations temporaires qui permettent à des Etats membres de maintenir des situations d'exception pendant une période donnée mais il en va aussi ainsi des dispositions qui ont permis, dans le traité de Maastricht, d'accorder à certains Etats membres des clauses optionnelles *ad hoc* leur donnant la faculté, pour des raisons qui ne sont pas nécessairement fondées sur des différences objectives, de ne pas participer à certaines politiques de la Communauté. Ainsi, dans le cadre de l'UEM, on distingue les Etats membres « faisant l'objet d'une dérogation », qui ont vocation à entrer dans la phase finale mais qui n'ont pu le faire dès le départ parce qu'ils ne remplissaient pas les critères de convergence figurant dans le traité, et les Etats membres qui, pour des raisons constitutionnelles ou idéologiques, ont décidé de ne pas entrer dans cette phase alors même qu'ils étaient en mesure de rencontrer les critères précités [5].

On peut donc affirmer que la différenciation au sens strict, qui reflète des visions politiques différentes et qui comporte des conséquences au plan institutionnel, est vraiment entrée dans le droit communautaire fondamental par le traité de Maastricht.

Par la suite, la perspective de l'élargissement de l'Union européenne à de nombreux autres Etats a fait craindre que le fonctionnement de l'Union ne puisse être paralysé si on ne permettait pas aux Etats membres qui le souhaitaient de prendre des initiatives destinées à approfondir le processus d'intégration entre eux.

L'insertion, dans le traité, d'une clause permettant de telles initiatives était en outre destinée à éviter que celles-ci, jugées inévitables, ne puissent être prises en dehors du cadre juridique du traité, ce qui aurait entraîné le recours à des méthodes de coordination de type intergouvernemental et fait apparaître un risque de fragmentation de l'espace juridique communautaire.

En définitive, l'idée d'insérer une clause de coopération renforcée dans le traité constitue une tentative de réponse aux velléités de développement de ce que d'aucuns ont appelé « l'Europe à la carte » et se conçoit plutôt comme une faculté qui devrait

s'exercer de manière provisoire, les autres Etats membres étant normalement destinés à rejoindre à terme ceux qui se sont engagés dans une telle coopération.

2. Economie du concept

Le dispositif fixant les conditions d'habilitation d'une coopération renforcée et organisant les modalités de son fonctionnement se trouve inscrit dans les traités eux-mêmes.

a) Le traité d'Amsterdam [6]

Les dispositions inscrites dans le traité d'Amsterdam s'ordonnent autour d'une structure à deux étages avec des principes généraux contenus dans le titre VII du traité UE (articles 43 à 45) et des clauses spécifiques à deux des trois piliers, le pilier communautaire et celui de la coopération dans les affaires judiciaires et intérieures. La clause spécifique communautaire est contenue à l'article 11 du traité CE.

Dominique Servais, Philippe Vigneron et Rodolphe Ruggeri établissent comme suit l'ensemble des conditions à respecter pour ce qui concerne le pilier communautaire :

> « En vertu du traité d'Amsterdam, les Etats membres qui souhaitent instaurer entre eux une coopération renforcée dans le cadre du pilier communautaire doivent respecter certaines conditions de nature formelle ou institutionnelle. Il faut notamment que la coopération envisagée :
>
> – ne soit utilisée qu'en dernier ressort, lorsque les objectifs des traités ne pourraient être atteints en appliquant les procédures pertinentes qui y sont prévues ;
> – respecte le cadre institutionnel unique de l'Union ;
> – concerne au moins une majorité d'Etats membres ;
> – n'affecte pas les compétences, les droits, les obligations et les intérêts des Etats membres qui n'y participent pas et
> – soit ouverte à tous les Etats membres et leur permette de se joindre à tout moment à une telle coopération, sous réserve de respecter la décision initiale ainsi que les décisions prises dans ce cadre.
>
> En outre, des conditions de nature matérielle doivent être rencontrées. A ce titre, il faut entre autres que la coopération envisagée :
>
> – tende à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union ;
> – respecte les principes des traités ;
> – n'affecte ni l'acquis communautaire ni les mesures prises au titre des autres dispositions des traités [7] ;
> – ne concerne pas des domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté et reste dans les limites des compétences conférées à la Communauté ;
> – n'affecte pas les politiques, actions ou programmes de la Communauté ;
> – ne constitue ni une discrimination ni une entrave aux échanges entre les Etats membres et ne provoque aucune distorsion de concurrence entre ceux-ci.
>
> En plus de ces conditions, pour le moins contraignantes, le traité d'Amsterdam prévoit qu'un Etat membre peut s'opposer à l'instauration d'une coopération renforcée pour des raisons de politique nationale importantes. Dans cette hypothèse, le Conseil peut saisir le Conseil européen qui décide à l'unanimité. Celle-ci crée en réalité un

droit de veto au profit de l'Etat membre qui entend s'opposer à l'instauration d'une coopération renforcée » [8].

Ces conditions d'habilitation, ainsi que ces modalités de fonctionnement, ont généralement été jugées trop strictes et, de fait, aucune coopération renforcée n'a été instaurée depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. C'est pourquoi, afin d'en élargir et d'en assouplir le dispositif, il a été décidé au Conseil européen de Santa Maria de Feira (juin 2000) [9] d'inscrire cette question à l'ordre du jour de la Conférence intergouvernementale (CIG) consacrée aux « reliquats d'Amsterdam » [10], qui avait commencé ses travaux dès février 2000 et qui a abouti, au Conseil européen de Nice, à un nouveau traité.

b) Le traité de Nice

Dans le traité de Nice, le dispositif est réaménagé et précisé [11]. Il s'articule, comme précédemment, entre des principes généraux, qui sont insérés dans le titre VII du traité UE, et des dispositions particulières à chaque pilier, qui sont insérées respectivement dans la première partie du traité CE (pilier communautaire) et dans les titres V (pilier PESC) et VI (pilier JAI) du traité UE.

Dominique Servais, Philippe Vigneron et Rodolphe Ruggeri analysent ainsi les changements apportés par le traité de Nice au pilier communautaire :

– « d'une part, certaines dispositions ont été introduites, qui visent – formellement – à assouplir les conditions d'activation d'une coopération renforcée. Ainsi le droit de veto a été supprimé et le nombre minimum d'Etats membres nécessaire pour instaurer une coopération renforcée fixé dorénavant à huit Etats membres. En pratique, ces avancées sont cependant assez modestes : un Etat membre qui s'opposerait à l'instauration d'une coopération renforcée peut toujours demander que le Conseil européen soit saisi. Sur le plan strictement juridique, le Conseil peut ensuite décider à la majorité qualifiée. Politiquement, il pourrait cependant hésiter à passer outre à une forte opposition manifestée au sein du Conseil européen. De même, en ce qui concerne le nombre minimum d'Etats membres, ce n'est qu'à terme, après l'élargissement, que la nouvelle règle constituera, en pratique, un assouplissement ;
– d'autre part, un certain nombre de dispositions ont été amendées dans un sens qui rend les conditions – matérielles – d'activation d'une coopération renforcée, certes plus précises dans leur formulation, mais apparemment plus restrictives et, au bout du compte, plus difficiles à mettre en œuvre, faisant craindre qu'un Etat membre qui souhaite s'opposer à l'instauration d'une coopération renforcée puisse toujours arguer du non-respect d'une des conditions fixées par le traité. On rangera notamment dans cette catégorie, premièrement, la nécessité de « respecter les traités » (et non plus les « principes des traités ») – ce qui devrait couvrir également la nécessité de respecter l'ensemble des compétences attribuées au Conseil et des procédures mises en place par les traités – et, deuxièmement, l'interdiction de porter atteinte au marché intérieur ou à la cohésion économique et sociale. Cette interdiction s'ajoute, comme on l'a vu, à un certain nombre de conditions déjà reprises ci-avant : obligation de rester dans les limites des compétences de l'Union ou de la Communauté européenne et de ne pas porter sur les domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté ; nécessité de n'affecter ni l'acquis communautaire ni les mesures prises au titre des autres

> dispositions des traités ; de ne pas affecter les politiques, actions ou programmes de la Communauté ; de ne constituer ni une discrimination ni une entrave aux échanges entre les Etats membres et de ne provoquer aucune distorsion de concurrence entre ceux-ci » [12].

L'instauration d'une coopération renforcée dans le pilier communautaire est ainsi codifiée de manière encore plus stricte dans le traité de Nice, qui régit les différentes étapes à suivre :

— au départ, il faut qu'une situation de blocage se produise, en principe au Conseil ;
— cet « échec de fait » doit ensuite être établi au sein du Conseil (« dernier ressort »), sans qu'il soit précisé à partir de quel moment on peut établir un tel échec. Ne risque-t-il pas dès lors d'y avoir « blocage au blocage » ? Comment l'établir ? Faudrait-il le formaliser dans une décision *ad hoc* ou suffirait-il de le mentionner après coup dans la décision du Conseil autorisant l'instauration d'une coopération renforcée ?
— les Etats membres qui souhaitent néanmoins avancer dans le domaine concerné doivent soumettre une demande à la Commission, préservant ainsi son pouvoir d'initiative. Il n'est pas précisé par contre si, dès ce stade, les Etats membres intéressés doivent être huit ;
— la Commission peut soumettre une proposition au Conseil. Elle dispose donc d'un large pouvoir discrétionnaire puisque, sans proposition de sa part, aucune coopération renforcée ne peut être instaurée. Toutefois, dans ce dernier cas, elle doit motiver sa décision ;
— le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, autorise les Etats membres concernés à instaurer une coopération renforcée dans le respect des clauses générales d'habilitation [13] ;
— pour rappel, le Conseil européen peut être saisi par un Etat membre. C'est toutefois le Conseil qui peut statuer, à la majorité qualifiée, après cette évocation.

Les nombreuses modifications de texte apportées par le traité de Nice au traité d'Amsterdam, examinées ensemble, donnent l'impression que, même si l'on a voulu lever quelques obstacles particulièrement dirimants, l'on a en même temps voulu baliser de manière précise et contraignante les domaines dans lesquels pourraient s'exercer les coopérations renforcées. Celles-ci se conçoivent comme une dérogation aux règles générales et doivent dès lors être interprétées de façon restrictive. Par conséquent, peut-on vraiment y voir un moyen de renforcer le processus d'intégration communautaire qui est, par nature, dynamique ? Cette première analyse des dispositions du traité de Nice met en évidence le caractère purement subsidiaire des coopérations renforcées, traduit par la clause de dernier ressort, et laisse planer des doutes sérieux sur la possibilité d'activer une telle procédure. Stéphane Rodrigues, lui aussi, s'interroge sur cette possibilité quand il conclut son article de la manière suivante :

> « Il reste que les nouvelles conditions de mise en œuvre, apparemment assouplies, laissent perplexe sur la nature des actions qui pourront être déployées concrètement dans ce cadre. Gageons néanmoins qu'en leur permettant de se déployer même timidement, elles répondent, au moins en partie, au double défi de l'élargissement

et de l'approfondissement auquel le traité de Nice était censé trouver un début de solution » [14].

C. La différenciation dans l'Union économique et monétaire et la création de l'Eurogroupe

1. Asymétrie entre les volets économique et monétaire de l'UEM

Les dispositions du traité CE relatives à l'UEM apparaissent contrastées entre le volet économique et le volet monétaire. En effet, tandis que, du côté monétaire, une construction institutionnelle nouvelle est mise en place avec le Système européen de banques centrales (SEBC) et la Banque centrale européenne (BCE) afin de définir et conduire une politique monétaire et une politique de change uniques, et donc gérer une monnaie unique, du côté économique, il s'agit simplement de coordonner étroitement des politiques économiques restées nationales.

L'ensemble de la doctrine a bien évidemment relevé cette asymétrie entre les deux volets, que Jean-Victor Louis explique par « la confiance faite aux disciplines du Marché et [par] la résistance au transfert de la souveraineté en matière budgétaire, fiscale et de politique de revenus, alors que la maîtrise du taux de change était irrévocablement perdue » [15].

2. Renforcement progressif du volet économique de l'UEM

Comme le souligne encore Jean-Victor Louis, cette asymétrie « a conduit à s'interroger sur la nécessité du renforcement des obligations imposées aux Etats en matière économique, en raison, d'une part, de la faiblesse des instruments de coordination, de surveillance et de discipline macro-économiques par rapport aux nécessités d'une politique monétaire stable et, d'autre part, du déséquilibre ressenti entre l'existence d'un pouvoir monétaire fort et l'absence d'un pouvoir économique efficace » [16].

Ainsi, le Conseil européen, dont le rôle dans le processus de mise en place de la monnaie unique a été déterminant, a, à plusieurs reprises, contribué, par ses résolutions, à renforcer le volet économique de l'UEM, d'abord par l'adoption du pacte de stabilité et de croissance [17], puis par l'insertion, dans l'exercice de coordination et de surveillance communautaires, de l'examen et de l'approfondissement des politiques structurelles menées par les Etats membres sur les marchés du travail (processus dit « de Luxembourg ») ainsi que sur ceux des biens, services et capitaux (processus dit « de Cardiff ») et par l'établissement d'un « dialogue macro-économique » entre tous les partenaires sociaux (processus dit de « Cologne »). Les résultats de ces examens viennent enrichir les grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de la Communauté (GOPE) qui sont placées au centre de l'exercice de coordination économique.

Cette coordination économique renforcée doit s'effectuer dans le plein respect des principes fondamentaux inscrits dans le traité que sont le principe de subsidiarité, le principe d'indépendance du SEBC et de la BCE, le principe d'une économie de marché ouverte et le principe d'étroite coordination, par lequel les Etats membres sont tenus de considérer leur politique économique comme une question d'intérêt commun.

Les « conclusions de la présidence », diffusées après chaque Conseil européen, traduisent l'importance grandissante accordée, par les chefs d'Etat ou de gouvernement, aux questions économiques en général et, plus particulièrement, leur souci de renforcer progressivement la coordination économique dans l'Union afin de consolider l'UEM et l'euro, de renforcer la cohésion économique de la zone et de réduire ainsi l'asymétrie entre les deux volets de l'UEM.

Jean-Victor Louis relève qu' « on imagine mal ce qu'aurait été la mise en œuvre du titre VI du traité CE relatif à la politique économique et monétaire ou, en d'autres termes, le cheminement vers la monnaie unique, sans l'intervention, à l'occasion de ses réunions deux fois par an, du Conseil européen » [18].

Cette tendance s'est encore renforcée depuis le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, au cours duquel il a été décidé d'introduire « une nouvelle méthode ouverte de coordination à tous les niveaux, le Conseil européen jouant un rôle renforcé d'orientation et de coordination de manière que cette stratégie soit dirigée de façon plus cohérente et que les résultats obtenus fassent l'objet d'un suivi collectif. *Lors d'une réunion qui aura lieu chaque année au printemps, le Conseil européen définira les mandats pertinents et veillera à leur suivi* » [19]. La première de ces réunions a eu lieu les 23 et 24 mars 2001 à Stockholm, la deuxième les 15 et 16 mars 2002 à Barcelone, la troisième les 21 et 22 mars 2003 à Bruxelles.

3. Vers une union politique

Le renforcement progressif de ce volet économique implique de plus en plus de coordonner des politiques qui sont au cœur de la souveraineté des Etats et pose la question de la nécessité de développer l'intégration politique de l'Union. Ce ne sont plus seulement des représentants des milieux académiques ou des hommes politiques qui réclament ce supplément d'intégration, ce sont parfois des banquiers centraux eux-mêmes. Tommaso Padoa-Schioppa souligne ainsi que « la monnaie européenne est une « monnaie sans Etat » [20], ce qui implique que la tâche de la BCE en est rendue plus complexe, la compétence et l'indépendance d'une banque centrale s'insérant normalement dans une construction politique avec laquelle elle partage le pouvoir et à laquelle elle rend compte. Cette « solitude » institutionnelle de la BCE, source de difficultés dans la conduite de la politique monétaire, ne devrait pas perdurer. Et l'auteur de conclure que « le statut particulier de « monnaie sans Etat » qui caractérise l'euro aujourd'hui n'est soutenable que dans la mesure où il ne représente qu'une étape sur le chemin de l'Union européenne vers une plus forte union politique ».

On trouve la même position chez Guy Quaden qui, s'appuyant sur le discours de Joschka Fischer [21] sur la finalité politique de la construction européenne, déclare, à titre personnel, que « ces progrès de l'intégration politique, je ne les espère pas seulement en tant que citoyen européen, mais également en tant que banquier central » [22]. Et l'auteur d'ajouter que « l'on a découvert, mais un peu tardivement que, pour l'image de l'euro, il n'était pas bon que l'euro... n'ait pas d'image » (allusion aux espèces qui n'ont pu être utilisées qu'à partir du 1er janvier 2002) mais surtout que « l'on a aussi découvert, et dans ce cas plus rapidement que prévu, qu'il n'était pas bon non plus pour l'image de l'euro que l'Europe n'ait pas d'image ».

Les mêmes préoccupations sont partagées par Giorgio La Malfa et Franco Modigliani qui, se félicitant de l'article précité de Tommaso Padoa-Schioppa, concluent que « la réalisation de la monnaie unique a été dominée par une vision étroite, soit du rôle de la Banque centrale soit des institutions politiques qui doivent nécessairement accompagner la monnaie commune. La monnaie unique présuppose et requiert un organisme politique qui puisse décider de la politique économique de l'Europe : décider si les finances publiques doivent soutenir ou contenir la demande, si la politique monétaire doit avoir un caractère restrictif ou expansif » [23].

L'importance de cette contribution est aussi dans son titre, qui laisse entendre que pouvoir monétaire et pouvoir politique se renforcent mutuellement plutôt que de s'opposer.

La relative faiblesse de la crédibilité politique du projet global européen, due à l'hétérogénéité des positions adoptées par les Etats membres sur la finalité de ce projet, a souvent été mise en avant pour tenter d'expliquer le comportement parfois hésitant du cours de la monnaie unique par rapport aux grandes monnaies tierces qui, au contraire de l'euro, sont adossées à un projet politique clair. Ce manque de vision politique, dénoncé par les médias dès avant la fin de la Conférence intergouvernementale (CIG), a été perçu par les négociateurs de celle-ci, qui ont ainsi annexé au traité de Nice une déclaration sur l'avenir de l'Union [24] prévoyant la convocation d'une nouvelle conférence en 2004 destinée à traiter de l'avenir de l'Union.

Depuis, le débat sur cet avenir s'est développé tout au long de l'année 2001 et a abouti à la déclaration de Laeken, annexée aux conclusions du Conseil européen des 14 et 15 décembre 2001, par laquelle celui-ci convoque une Convention sur l'avenir de l'Union européenne [25].

D. La spécificité de la zone euro

1. Au sein du SEBC

Le fonctionnement « différencié » de l'UEM a abouti à une construction institutionnelle *ad hoc* au niveau du SEBC afin de tenir compte des Etats membres en dérogation et de ceux ayant choisi de ne pas participer à la zone euro.

Ainsi, en ce qui concerne la participation aux organes de décision du SEBC et de la BCE, on note que les banques centrales des Etats membres faisant l'objet d'une dérogation ne sont pas représentées au conseil des gouverneurs de la BCE [26], par application de l'article 43.4 du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne [27]. En effet, cet article dispose que, à l'article 10 de ces statuts (article relatif au conseil des gouverneurs), on entend par « banques centrales nationales » les banques centrales des Etats membres ne faisant pas l'objet d'une dérogation.

De même, la participation au directoire de la BCE [28] est limitée, en vertu de l'article 43.3 des statuts, aux Etats membres ne faisant pas l'objet d'une dérogation, lesquels participent seuls à la nomination de ses membres.

Quant à la participation du Royaume-Uni au fonctionnement du SEBC et de la BCE, elle est plus limitée que celle des Etats membres en dérogation, dans la mesure où, en vertu du paragraphe 8 du protocole sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la liste des articles des

statuts ne lui conférant aucun droit et ne lui imposant aucune obligation est plus large que celle relative aux Etats membres en dérogation, qui se trouve inscrite à l'article 43.1 des statuts.

Enfin, un troisième organe de fonctionnement est prévu au sein du SEBC tant que tous les Etats membres ne participeront pas à la monnaie unique : il s'agit du conseil général, se composant du président et du vice-président de la BCE ainsi que des gouverneurs de toutes les banques centrales nationales. Ses compétences, de caractère essentiellement consultatif, sont précisées à l'article 47 des statuts du SEBC.

La structure organisationnelle du SEBC, qui reste un système de nature pleinement communautaire, traduit donc la position particulière occupée par les Etats membres qui, à l'heure actuelle, ne font pas partie de la zone euro.

Afin de bien faire apparaître que le SEBC contient en son sein une sorte de « noyau dur », composé de la BCE et des banques centrales nationales des Etats membres participants, qui met en œuvre la politique monétaire définie en commun, le conseil des gouverneurs a décidé, en janvier 1999 [29], de donner à cette partie opérationnelle du SEBC ce que Chiara Zilioli et Martin Selmayr appellent un « *trade name* » [30] : l'Eurosystème.

Cette structure transitoire est le fruit de la différenciation. Les futurs élargissements envisagés risquent d'avoir pour effet de la maintenir en place longtemps encore, tant que la dichotomie entre Etats membres participants et non participants demeurera.

2. Au sein du Conseil Ecofin

a) Création de l'Eurogroupe

Dès avant la mise en place définitive de l'UEM, le Conseil européen s'est interrogé sur l'opportunité de créer des structures ou des procédures de coordination économique propres aux Etats participant à la monnaie unique et a finalement décidé, dans une résolution adoptée à Luxembourg en décembre 1997 [31], ce qui suit :

> « En vertu du traité, le Conseil Ecofin est au cœur de la coordination des politiques économiques des Etats membres et est habilité à statuer dans les domaines concernés. En particulier, le Conseil Ecofin est la seule instance habilitée à formuler et à adopter les grandes orientations des politiques économiques qui constituent le principal instrument de coordination économique.
>
> Cette place déterminante du Conseil Ecofin au cœur du processus de coordination et de prise de décision en matière économique consacre l'unité et la cohésion de la Communauté.
>
> Les ministres des Etats participant à la zone euro peuvent se réunir entre eux de façon informelle pour discuter de questions liées aux responsabilités spécifiques qu'ils partagent en matière de monnaie unique. La Commission, ainsi que, le cas échéant, la BCE, sont invitées à participer aux réunions.
>
> Chaque fois que des questions d'intérêt commun sont concernées, elles sont discutées par les ministres de tous les Etats membres.
>
> Dans tous les cas où une décision doit être prise, celle-ci l'est par le Conseil Ecofin selon les procédures fixées par le traité ».

L'idée était de permettre d'analyser la situation économique et les politiques poursuivies au sein de la zone, d'assurer le bon fonctionnement du nouveau mécanisme de change établi entre les monnaies des Etats membres non participants

et l'euro, d'examiner l'évolution du taux de change de l'euro vis-à-vis des monnaies des Etats tiers et de préparer les réunions internationales lors desquelles les Etats membres de la zone euro devraient parler d'une seule voix, tout en maintenant le rôle central du Conseil Ecofin comme organe de prise de décision en matière économique et financière, conservant ainsi l'unité et la cohésion de la Communauté.

On remarque que ce texte :

— reconnaît le rôle fondamental du Conseil Ecofin, qui est « au cœur » de la coordination des politiques économiques et qui est « la seule instance habilitée à formuler et à adopter les grandes orientations des politiques économiques » ;
— permet aux ministres de la zone euro de se réunir « informellement », en présence de la Commission et, « le cas échéant » de la BCE, pour discuter de « questions liées aux responsabilités spécifiques qu'ils partagent en matière de monnaie unique » ;
— demande que les questions d'intérêt « commun » soient discutées ensemble et rappelle que toute décision relève du Conseil Ecofin.

On peut en conclure que l'Eurogroupe dispose d'une importante latitude pour fixer son ordre du jour ainsi que les conditions matérielles de ses réunions mais qu'il ne peut prendre de décisions formelles.

b) Fonctionnement de l'Eurogroupe

Depuis sa mise en place, le 5 juin 1998, l'Eurogroupe se réunit avant chaque Conseil Ecofin pendant plusieurs heures, généralement la veille en soirée, en présence d'un membre du directoire de la BCE (le plus souvent le président).

La coordination économique entre les Etats membres participants favorise le partage d'expériences nationales ainsi que la mise en place de « meilleures pratiques ». Portant à l'origine essentiellement sur des considérations d'ordre budgétaire, cette coordination s'est rapidement étendue aux réformes structurelles, considérées comme essentielles au renforcement du potentiel de croissance de la zone euro. La mise en place de l'euro fiduciaire, les questions de nature politique pouvant avoir une incidence sur l'évolution du cours de l'euro ainsi que les questions concernant les relations extérieures de la zone euro ont également été régulièrement abordées dans cette enceinte.

A l'issue de plusieurs de ses réunions, l'Eurogroupe a publié des communiqués de presse spécifiques, distincts de ceux du Conseil Ecofin [32].

Par ailleurs, l'Eurogroupe a tenu plusieurs réunions en formation élargie, c'est-à-dire avec les ministres des Etats membres n'appartenant pas à la zone euro. C'est le ministre de l'Etat membre qui préside l'Eurogroupe qui, lors de l'invitation adressée à ses collègues, peut, en fonction de l'ordre du jour qu'il préconise, proposer que les ministres des Etats membres n'appartenant pas à la zone euro rejoignent leurs collègues de la zone. Il peut en être ainsi, par exemple, lorsque des débats sont prévus sur des points relatifs à des questions de nature structurelle.

c) Une bonne gouvernance pour la zone euro

Depuis sa création, l'Eurogroupe – dont la vocation première est de constituer une instance de dialogue permettant un échange précoce d'informations et une discussion franche entre Etats membres de la zone euro ainsi que de favoriser l'internalisation de la dimension euro dans les politiques nationales – a, progressivement, pris de l'importance et ses réunions sont maintenant attendues avec de plus en plus d'intérêt. Son poids politique s'accentue et son image se précise grâce aux efforts entrepris par certains de ses présidents [33] pour accroître son audience en systématisant le recours à des conférences de presse ou en créant son propre site web. Cependant, des efforts restent à faire pour que l'Eurogroupe, après avoir gagné en visibilité, gagne aussi en crédibilité afin de pouvoir jouer un rôle déterminant dans la définition et la mise en place d'un cadre de coordination des politiques économiques cohérent pour la zone euro.

Dans un article publié simultanément dans plusieurs grands journaux européens [34], Pierre Jacquet et Jean Pisani-Ferry s'interrogent sur l'absence de gouvernance dans la zone euro et en concluent que l'Eurogroupe devrait prendre un certain nombre d'initiatives afin de définir une « charte de politique économique », de renforcer la transparence de la zone en développant son appareil statistique spécifique et, finalement, d'évoluer vers un « conseil de politique économique », « doté d'une capacité de vote à la majorité qualifiée sur des orientations stratégiques », le monopole de la fonction purement législative restant au sein du Conseil Ecofin.

Ces réflexions se basent sur une étude approfondie de la coordination des politiques économiques dans la zone euro [35] dans laquelle ils développent l'idée de faire de l'Eurogroupe un « exécutif collectif », c'est-à-dire un « lieu où les responsables (...) s'accordent sur des stratégies de réponse aux problèmes structurels ou aux aléas économiques et financiers, fixent les orientations correspondantes et les déclinent de manière opérationnelle ».

Même si cette position peut encore paraître audacieuse, des progrès substantiels ont été accomplis sur la reconnaissance du rôle de l'Eurogroupe. En effet, le rapport préparé par le Conseil Ecofin à l'intention du Conseil européen d'Helsinki sur la coordination des politiques économiques met en avant le rôle que l'Eurogroupe peut jouer dans ce domaine, ce qui est confirmé dans les conclusions de la Présidence de ce Conseil [36]. Ensuite, le Conseil européen de Nice a renchéri à propos des effets positifs sur la croissance économique de la zone euro que peuvent avoir les travaux de l'Eurogroupe [37].

S'appuyant sur ces déclarations, la Commission a présenté une communication contenant des propositions en vue de renforcer la coordination des politiques économiques dans la zone euro [38]. Son objectif est de renforcer le contenu de cette coordination, d'en accroître l'efficacité ainsi que la transparence en développant l'information statistique propre à la zone euro, en instaurant des normes spécifiques à la zone en matière de conduite du « *policy-mix* » et en publiant régulièrement des rapports sur l'état de l'économie de la zone.

L'approfondissement du rôle de l'Eurogroupe passe sans doute par une formalisation plus grande de son fonctionnement tant il apparaît de plus en plus clairement que le système informel de l'Eurogroupe a été poussé au bout de sa logique.

Cependant, comment aller dans cette voie sans remettre en cause le statut informel de cette instance, consacré par le Conseil européen de Luxembourg ? C'est là que l'idée du recours à une coopération renforcée peut paraître séduisante à première vue.

d) Eurogroupe et BCE

Par ailleurs, malgré la reconnaissance de l'Eurogroupe par les plus hautes instances politiques et malgré le fait que, comme indiqué ci-avant, la BCE participe régulièrement à ses travaux même si le mandat, figurant dans la résolution du Conseil européen, n'envisageait au départ qu'une participation de la BCE « le cas échéant », celle-ci reste singulièrement en retrait quant à sa perception du rôle de l'Eurogroupe.

Dans son bulletin mensuel d'octobre 2000, la BCE, décrivant ses relations avec les institutions et organes de la Communauté européenne, mentionne celles avec l'Eurogroupe. Les paragraphes que la BCE y consacre indiquent qu'elle convient officiellement que ce dernier constitue un cadre informel de discussion *ad hoc* mais en relativise le poids, et le ramène à un outil de communication « comparable aux contacts informels entre gouvernements et banques centrales qui prévalent traditionnellement au sein des Etats membres » [39].

Cette attitude, qui peut être perçue comme traduisant une certaine méfiance face à un organe considéré comme potentiellement dangereux pour son indépendance, paraît contredire les appels lancés par Tommaso Padoa-Schioppa décrits ci-avant et contraste avec la position de Giorgio La Malfa et Franco Modigliani qui, au contraire, estiment que plus d'union politique constituera un moyen d'aider la BCE. C'est aussi l'avis de Jean-Victor Louis qui confirme qu'« il ne s'agit pas de limiter l'indépendance de la BCE mais de lui éviter de devoir assumer seule des responsabilités qui la dépassent » [40].

Dans une autre étude, parue dans son *Bulletin mensuel* de novembre 2001, consacrée cette fois au cadre de la politique économique dans l'UEM, la BCE maintient cette attitude, ne citant qu'une seule fois l'Eurogroupe, de manière accessoire [41].

E. L'Eurogroupe en coopération renforcée ?

La question qui se pose est de savoir si l'Eurogroupe, qui reste un organe informel, pourrait être constitué en coopération renforcée. L'idée est qu'« institutionnaliser » l'Eurogroupe lui donnerait une meilleure visibilité et un plus grand poids au niveau de la zone euro, lui permettant en particulier d'assurer un rôle normatif pour les questions relatives à la coordination des politiques économiques dans la zone.

La réponse à cette question paraît, au premier examen, négative tant le dispositif des coopérations renforcées contient de contraintes qui oblitèrent ce qui peut représenter l'intérêt d'un organe comme l'Eurogroupe dans sa forme actuelle.

Certes, instaurer une coopération renforcée pour l'Eurogroupe rencontrerait un certain nombre de critères figurant dans des conditions générales relatives à la mise en place d'une coopération renforcée : favoriser la réalisation des objectifs de l'Union et de la Communauté, préserver et servir ses intérêts et renforcer son processus d'intégration [42] ; respecter l'acquis communautaire et les mesures prises au titre des autres dispositions des traités ; rester dans les limites des compétences de l'Union ou de la Communauté européenne et ne pas porter sur les domaines relevant de la

compétence exclusive de la Communauté ; réunir au minimum huit Etats membres ; respecter les compétences, droits et obligations des Etats membres non participants et ne pas affecter les dispositions du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne.

Par contre, constituer l'Eurogroupe en coopération renforcée semble difficilement compatible avec la condition de respecter les traités ainsi que le cadre institutionnel unique de l'Union. En effet, cette condition signifie qu'une coopération renforcée ne peut trouver sa place que dans le cadre institutionnel existant. La clause relative aux modalités institutionnelles conforte cette idée. En effet, il y est prévu que, pour les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre d'une coopération renforcée, les dispositions institutionnelles pertinentes des traités s'appliquent, tous les membres du Conseil pouvant participer aux délibérations. Ceci implique que les séances de l'Eurogroupe devraient s'ouvrir aux Etats non membres, même si les actes et décisions relatifs à la coopération renforcée seraient *in fine* arrêtés par les seuls Etats membres y participant. Or, si l'existence de l'Eurogroupe semble assez bien préfigurer la forme que pourrait prendre à l'avenir une coopération renforcée, sa composition même, limitée à dessein aux seuls Etats membres de la zone euro, se heurte à cette condition figurant au traité, sauf bien entendu lorsqu'il se réunit en formation élargie. Cependant, dans ce dernier cas, c'est lui-même qui décide de cet élargissement.

Ne pas porter atteinte au marché intérieur ni à la cohésion économique et sociale, ne constituer ni une entrave ni une discrimination aux échanges entre les Etats membres et ne pas provoquer de distorsions de concurrence entre ceux-ci est une autre condition qui paraît difficile à remplir.

En effet, toute politique définie au sein d'une coopération renforcée ne risque-t-elle pas d'être considérée par certains Etats membres ne participant pas à celle-ci comme portant atteinte au marché intérieur ? Qui va trancher cet éventuel conflit ?

Enfin la condition selon laquelle une coopération renforcée doit être ouverte à tous les Etats membres n'est-elle pas antinomique avec l'existence de la zone euro ?

On en conclut que constituer l'Eurogroupe en coopération renforcée, et ce déjà en vertu des dispositions du traité d'Amsterdam, signifierait sa dissolution au sein du Conseil Ecofin en raison de l'obligation d'utiliser les structures institutionnelles communautaires et de permettre la participation des autres Etats membres aux délibérations. Une coopération renforcée rassemblant les Etats membres de la zone euro ne pourrait dès lors trouver place qu'au sein du Conseil Ecofin et l'Eurogroupe ne pourrait exister en tant qu'organe spécifique à une coopération renforcée. Ceci impliquerait la perte du caractère informel de ses réunions et de la confidentialité des entretiens entre membres de la zone euro permettant des discussions franches et des échanges d'informations à un stade précoce, auxquels la plupart des ministres des Finances semblent attachés.

La suggestion, émise par Jacques Delors lui-même, de faire de l'Eurogroupe une coopération renforcée [43], nous paraît donc avant tout une déclaration de nature politique quant à la nécessité d'évoluer vers une coopération économique plus étroite au sein de la zone euro. Elle ne s'appuie vraisemblablement pas sur une analyse juridique approfondie du dispositif des coopérations renforcées.

F. Conclusions et derniers développements

Si la nécessité de renforcer la coordination des politiques économiques dans la zone euro est sans doute nécessaire, elle ne paraît pas pouvoir être réalisée par l'instauration de l'Eurogroupe en coopération renforcée, comme nous nous sommes efforcés de le démontrer ci-avant. Le fait que Jean-Victor Louis, dans un article [44] sur l'Eurogroupe et la coordination des politiques économiques, n'ait pas cru devoir évoquer une telle possibilité nous renforce dans l'idée qu'elle ne paraît pas crédible aux yeux de ceux qui cumulent l'expertise en matière monétaire et en matière institutionnelle.

D'autres pistes restent donc à explorer pour améliorer cette coordination de telle sorte que, progressivement, l'Eurogroupe puisse devenir une enceinte incontournable dans la gestion économique de la zone euro et un partenaire reconnu et respecté de la BCE. Certaines ont déjà été esquissées par la Commission, d'autres le sont dans l'importante étude [45] de Lluis Navarro, établie pour le Groupement d'études et de recherches « Notre Europe », présidé par Jacques Delors, dans laquelle l'auteur cherche à conforter la raison d'être de l'Eurogroupe en plaidant pour le renforcement des GOPE, rendues plus opérationnelles et distinguant la spécificité de la zone euro, ainsi que pour le renforcement du rôle de la Commission européenne dans la préparation des travaux de l'Eurogroupe afin d'en formaliser le contenu des débats, sans par ailleurs évoquer le recours possible à l'établissement d'une coopération renforcée au sens du traité.

Les conclusions du Conseil européen de Barcelone vont dans le sens de ces propositions lorsqu'elles soulignent que « la zone euro est une union monétaire soumise à une politique monétaire unique et indépendante et à des politiques budgétaires décentralisées mais coordonnées. Il est par conséquent nécessaire d'accomplir de nouveaux progrès :

— en améliorant et en harmonisant les méthodes utilisées pour établir les statistiques et les indicateurs de la zone euro. (...) ;
— en réalisant une analyse systématique du dosage global des politiques de la zone euro, afin d'évaluer la concordance entre politique monétaire et politiques budgétaires eu égard à l'évolution de la situation économique ;
— en renforçant les mécanismes existants de coordination des politiques budgétaires. A cet égard, la Commission présentera, en temps utile avant le Conseil européen de printemps de 2003, des propositions pour mieux coordonner les politiques économiques » [46].

La Commission européenne a, de fait, sorti depuis une communication au Conseil et au Parlement européen [47] qui contient des propositions visant à améliorer l'interprétation du pacte de stabilité et de croissance, durement critiqué par plusieurs hommes politiques, dont le président Prodi lui-même, en ces temps d'évolution conjoncturelle préoccupante. Ces propositions ont été globalement acceptées par le Conseil Ecofin du 7 mars 2003. Elles visent à mieux tenir compte de la conjoncture économique dans la définition des objectifs budgétaires, à prévoir des dispositions transitoires pour les pays dont les déficits sous-jacents ne sont pas proches de l'équilibre ou excédentaires, à mieux prévenir l'adoption de politiques budgétaires

procycliques en période de conjoncture favorable, à recadrer l'évolution des finances publiques dans les objectifs de la stratégie de Lisbonne en faveur de la croissance et de l'emploi et à améliorer les modalités d'évaluation de la viabilité des finances publiques.

Tout ceci contribue à renforcer le volet économique de l'UEM mais reste dans le cadre institutionnel existant. Une réforme plus radicale est-elle envisageable ? C'est au sein de la Convention qu'il faut aller chercher une éventuelle réponse car c'est au sein de cet organe que l'on réfléchit en termes de modifications éventuelles à apporter aux traités.

Au départ, on ne pouvait que regretter que le fonctionnement de l'Eurogroupe et, plus généralement, l'organisation de la différenciation dans l'UEM – différenciation appelée à perdurer après l'élargissement –, n'apparaisse pas parmi les problématiques retenues dans la déclaration de Laeken. On s'est donc félicité lorsque la Convention s'est saisie de cette problématique et qu'un groupe *ad hoc* a été constitué sur la « gouvernance économique ».

Au cours de ces travaux, les commissaires Barnier et Virorino, membres de la Convention, ont proposé, dans une contribution présentée à celle-ci [48], de laisser subsister l'Eurogroupe tel quel en tant qu'instance informelle de discussion et de créer, à côté du Conseil Ecofin, un « Conseil Ecofin-zone euro », réunissant les ministres des Finances des seuls Etats membres de la zone euro et doté de pouvoirs de décision dans les domaines d'intérêt commun aux Etats membres qui partagent la même monnaie.

Cette initiative révolutionnaire a reçu un accueil positif de plusieurs conventionnels, dont celui des autorités allemande et française, et doit bien entendu encore être approfondie et discutée dans le cadre de la Convention, puis de la future CIG, si elle est retenue comme une voie possible. Elle s'inscrit dans une réflexion qui vise à renforcer la coordination des politiques économiques en proposant cette fois des améliorations au niveau du fonctionnement institutionnel de celle-ci, en particulier, du rôle de la Commission concernant le respect des obligations communes, du processus de décision dans la zone et de la représentation de celle-ci dans les instances financières internationales.

Notre idée était depuis toujours que l'émergence d'une véritable capacité décisionnelle pour la zone euro passait par l'acceptation d'une dérogation aux règles de vote du Conseil spécifique pour ce cas d'espèce. En effet, l'élargissement de l'Union aboutira à terme à un nouvel équilibre entre Etats membres de la zone euro et hors zone euro et il faut éviter que des mesures jugées nécessaires pour la zone doivent être différées ou abandonnées par le fait qu'une majorité qualifiée au Conseil ne puisse être atteinte. La proposition dont question ose aborder cette problématique en distinguant l'enceinte informelle, à laquelle on ne touche pas, de l'instance formelle, au sein de laquelle on procède à un découplage nécessaire pour le bon fonctionnement de la zone euro.

Il reste à savoir si les Etats membres hors de la zone euro pourront accepter une telle évolution et, si oui, à quel prix.

Par ailleurs, en marge du cadre de l'UEM, et compte tenu des difficultés relevées dans cette contribution pour mettre en place une coopération renforcée au sens du

traité, on peut se poser la question de savoir si les dispositions actuelles ne devraient pas une nouvelle fois être revues afin de rendre ces coopérations véritablement opérationnelles.

Notes

[1] L'auteur tient à remercier Rodolphe Ruggeri, attaché à la Banque nationale de Belgique, pour sa contribution à la réflexion sur les coopérations renforcées. Cet article n'engage que son auteur.

[2] V. Constantinesco, « Les clauses de « coopération renforcée ». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », *RTDE*, 33/4, octobre-décembre 1997, p. 43 à 59, plus particulièrement p. 45.

[3] H. Bribosia, « De la subsidiarité à la coopération renforcée », *in Le traité d'Amsterdam : espoirs et déceptions,* collection de l'Institut d'études européennes de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 23 à 92, plus particulièrement p. 50.

[4] Article 243 du traité CE.

[5] Pour une analyse approfondie de la différenciation dans l'UEM, voy. Ph. Vigneron, M. Mollica, « La différenciation dans l'UEM, dispositions juridiques et processus décisionnel », *Euredia*, Bruxelles, 2000/2, p. 197 à 231.

[6] V. Constantinesco, *op. cit*., donne une analyse complète du dispositif.

[7] Cette formulation confirme qu'une coopération renforcée ne fait pas partie intégrante de l'acquis communautaire ; elle doit par contre être compatible avec lui.

[8] D. Servais, Ph. Vigneron, R. Ruggeri, « Le traité de Nice : son impact sur l'Union économique et monétaire », *Euredia*, Bruxelles, 2000/4, p. 477 à 509, plus particulièrement p. 494 et 495.

[9] Conseil européen de Santa Maria de Feira : conclusions de la Présidence, paragraphe 3.

[10] Voy. Conseil européen d'Helsinki : conclusions de la Présidence, paragraphe 16.

[11] Une analyse complète du nouveau dispositif figure dans : S. Rodrigues, « Le traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union européenne », *RMCUE*, 444, janvier 2001, p. 11 à 16.

[12] D. Servais, Ph. Vigneron, R. Ruggeri, *op. cit*., p. 495 et 496

[13] On notera que, lorsque la coopération renforcée vise un domaine qui relève de la procédure prévue à l'article 251 du traité CE (procédure de codécision), l'avis conforme du Parlement européen est requis. Dans une telle hypothèse, le Parlement européen dispose d'un moyen de pression pour veiller au respect de ses prérogatives. Dans le cas contraire, le Parlement européen est simplement consulté.

[14] S. Rodrigues, *op. cit*., p. 16.

[15] J.-V. Louis, « Union monétaire et union politique », *in Neuchâtel, la Suisse et l'Europe*, actes du colloque international de Neuchâtel-la-Chaux-de-Fonds, février 1998, Ed. universitaires Fribourg Suisse, p. 307-315, plus particulièrement p. 311.

[16] J.-V. Louis, « Monnaie (Union économique et monétaire) », *Répertoire communautaire Dalloz*, Paris, juin 2000, p. 1 à 43, plus particulièrement p. 8.

[17] Le pacte de stabilité et de croissance est constitué d'une résolution du Conseil européen (résolution 97/C 236/01 du 17 juin 1997, *JOCE*, n° C 236, 2 août 1997) et de deux règlements du Conseil, l'un étant le règlement CE 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 « relatif au renforcement de la surveillance et de la coordination des politiques économiques » (*JOCE*, n° L 209, 2 août 1997), l'autre étant le règlement CE 1467/97 du 7 juillet 1997 « visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs » (*JOCE*, n° L 209, 2 août 1997). Il permet de maintenir en place la rigueur économique et budgétaire au-delà du passage à la troisième phase et renforce le lien entre croissance économique et discipline budgétaire.

[18] J.-V. Louis, « L'évolution du Conseil européen à la lumière de la réalisation de l'Union économique et monétaire », *in Divenire sociale e adeguamento del diritto, Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milan, Giuffrè editore, 1999, p. 253 à 272, plus particulièrement p. 259.

[19] Conseil européen de Lisbonne, conclusions de la Présidence, paragraphe 7 (c'est nous qui soulignons dans le texte).

[20] T. Padoa-Schioppa, « L'euro et le politique », *Le Monde*, 6 septembre 2000, p. 16.

[21] J. Fischer, « From Confederacy to Federation – Thoughts on the finality of the European integration », discours à l'Université Humboldt de Berlin, 12 mai 2000.

[22] G. Quaden, « Union économique, monétaire, politique : l'euro et après ? », exposé à la Société Royale d'Economie politique de Belgique, 15 juin 2000.

[23] G. La Malfa, F. Modigliani, « Le moyen d'aider la BCE », *La Stampa*, repris dans *Le Monde*, 10 octobre 2000.

[24] Annexe IV au traité, déclaration sur l'avenir de l'Union à inscrire à l'acte final de la Conférence.

[25] Conseil européen de Laeken, conclusions de la Présidence, annexe 1, déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne.

[26] Organe qui, d'après l'article 12 des statuts, arrête les orientations et prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC par le traité et les statuts et, en particulier, définit la politique monétaire de la Communauté.

[27] Protocoles annexés au traité instituant la Communauté européenne.

[28] Organe qui, d'après l'article 12 des statuts, met en œuvre la politique monétaire, conformément aux orientations et aux décisions arrêtées par le conseil des gouverneurs.

[29] « Pour renforcer la transparence et permettre au public d'appréhender plus facilement la structure très complexe de l'activité de Banque centrale en Europe, le conseil des gouverneurs de la BCE a décidé d'adopter le terme d'« Eurosystème » pour décrire, de façon conviviale, la configuration dans laquelle le SEBC exécute ses tâches fondamentales », *Bulletin mensuel de la Banque centrale européenne*, janvier 1999, p. 7.

[30] C. Zilioli, M. Selmayr, « The European Central Bank, its system and its law (first part) », *Euredia*, 1999/2, p. 187 à 230, plus particulièrement p. 223.

[31] Résolution 98/C 35/01 du 13 décembre 1997 du Conseil européen « sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'UEM et sur les articles 109 et 109 B du traité CE », *JOCE*, n° C 35, 2 février 1998.

[32] Communiqués du 8 juin 2000 et du 8 septembre 2000 sur la situation économique de la zone euro, communiqué du 4 juin 2001 sur les préparatifs en vue du passage à l'euro fiduciaire,

communiqué du 21 janvier 2002 sur le bilan du passage à l'euro fiduciaire et communiqué du 11 février 2002 sur l'effet au niveau des prix du passage à l'euro fiduciaire.

[33] En particulier les ministres Fabius et Reynders, présidents de l'Eurogroupe respectivement au cours du deuxième semestre 2000 et pendant toute l'année 2001. Le ministre belge Reynders a en effet présidé l'Eurogroupe pendant la totalité de l'année 2001 vu que la Présidence du Conseil de l'UE était assurée par la Suède, non membre de la zone euro, pendant le premier semestre 2001.

[34] P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, « Quelle gouvernance pour la zone euro ? », publié dans le *Financial Times*, le *Financial Times Deutschland* et *Les Echos*, le 27 septembre 2000.

[35] P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, « La coordination des politiques économiques dans la zone euro : bilan et propositions », *Conseil d'Analyse économique, questions européennes*, Paris, 2001, en particulier p. 32.

[36] « La coopération liée aux responsabilités partagées pour la monnaie unique devrait être développée parmi les onze Etats membres qui ont adopté l'euro, dans le respect des conclusions du Conseil européen de Luxembourg de décembre 1997 », Conseil européen d'Helsinki, conclusions de la Présidence, paragraphe 32.

[37] « Le Conseil européen se félicite des améliorations apportées au fonctionnement de l'Eurogroupe et à sa visibilité. Il se félicite également de l'intention d'élargir la gamme de questions, notamment structurelles, abordées dans cette enceinte dans le respect des conclusions du Conseil européen de Luxembourg. Ces améliorations, destinées à accroître la coordination des politiques économiques, contribueront à renforcer le potentiel de croissance de la zone euro », Conseil européen de Nice, conclusions de la Présidence, paragraphe 31.

[38] Communication de la Commission « sur le renforcement de la coordination des politiques économiques au sein de la zone Euro », COM (2001) 82, 7 février 2001, *Bull. UE*, 1/2-2001, point 1.3.19.

[39] « Les relations de la BCE avec les institutions et les organes de la Communauté européenne », *Bulletin mensuel de la BCE*, octobre 2000, p. 49 à 64, plus particulièrement p. 57.

[40] J.-V. Louis, « Indépendance des banques centrales, séparation des pouvoirs et démocratie », *in Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 459 à 481, plus particulièrement p. 480.

[41] « Le cadre de politique économique de l'UEM », *Bulletin mensuel de la BCE*, novembre 2001, p. 51 à 65, plus particulièrement p. 64.

[42] L'ajout, dans le traité de Nice, de la nécessité de « renforcer le processus d'intégration de l'Union » doit sans doute s'entendre comme la nécessité que la coopération renforcée puisse être considérée comme une voie tracée par une « avant-garde » et destinée, à terme, à être rejointe par les autres Etats membres (d'où l'importance accordée à l'ouverture à ces autres Etats membres).

[43] *Le Figaro*, 19 décembre 2001 ; *Agence Europe*, 17 janvier 2002.

[44] J.-V. Louis, « The Eurogroup and Economic Policy Co-ordination », *Euredia*, Bruxelles, 2001-2002/1, p. 19 à 43.

[45] L. Navarro, « A la veille de l'introduction physique de l'euro : un bilan critique de trois années de fonctionnement de l'UEM », *Notre Europe*, Problématiques n° 9, octobre 2001.

[46] Conseil européen de Barcelone, conclusions de la Présidence, paragraphe 7.

[47] « Renforcer la coordination des politiques budgétaires », communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 27 novembre 2002.

[48] « Vers une meilleure coordination des politiques économiques », contribution présentée par MM. Barnier et Vitorino, membre de la Convention, 7 novembre 2002.

Accountability and Independence : Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy ? The Specific Case of the European Central Bank

Chiara Zilioli [1]

A. Introduction

The establishment in 1998 of an independent European Central Bank to which the Member States have transferred in an irrevocable way their monetary policy competence has rekindled the debate on the role of accountability of independent governance bodies and in particular on the question of the limits within which a central bank can be independent from the political power.

This debate initiated in the last decades when, in a trend generalised in western societies, the State has developed a new concept of governance. By delegating power to single purpose, independent institutions, including by granting full autonomy to central banks, the State has decentralised the governance function, which is nowadays not anymore the sole prerogative of the State [2], but is rather fulfilled for the benefit of the State and on behalf of the citizens by diverse *loci of decision-making, legitimacy and authority* [3]. The situation becomes more complex when some of these *loci* are not at the national, but at a multinational level, so that the delegation, or the transfer of competences, has been agreed among several States under certain conditions which make it acceptable to all the citizens of these States.

The central political problem of these independent bodies, which are neither directly accountable to the electorate nor to elected politicians [4], is how to reconcile independence, which fulfils a specific need [5], with accountability [6]. The notion of accountability in the context of independent institutions has thus been dissected and analysed by many scholars to identify the many instruments through which, short of sheer control, an independent institution can be held accountable.

It is therefore useful to revisit the debate on accountability of independent central banks looking in particular at the ECB, probably the most advanced example of a

modern independent central bank and, for this reason, the most difficult to understand on the basis of traditional and national principles.

The analysis will show, first, that the ECB is indeed accountable to the citizens for the achievement of the objective the legislator has set to it, and, secondly, that the independent position, in which the fathers of the Treaty have put it, is not a danger but a further guarantee for democracy. Indeed, its independence enables the ECB to participate as a *peer* in the inter-institutional dialogue, receiving suggestions without being bound to follow instructions and thus also being able to contribute to the legislative and political process by giving its advice to Community institutions and Member States on issues which relate to monetary policy. As a consequence of the clear division of responsibilities among different actors, their accountability and the transparency of the overall framework for economic governance in Europe is enhanced. In particular, the ECB, not being a mere mirror of political decisions taken elsewhere, is able to perform an essential role both in safeguarding price stability, the primary objective set to it by the Treaty, and in being an independent and authoritative voice in the wider economic dialogue. In this way, the ECB's independence, based on a clear and specific mandate, not only increases the effectiveness of the ECB's accountability, but also contributes to greater accountability in European governance as a whole, towards the European citizens.

B. The Origins of the Debate on Accountability of Independent Bodies

In the last decades, the functions of the State have developed. The modern State has been confronted with increasingly complex policy problems – such as the need to regulate sensitive markets and ensure competition – and with the inadequacy of the existing institutional framework and the traditional styles of administration to achieve in an efficient way the relevant objectives. A new form of public intervention was thus required, different from the welfare policies of the past, able to deal with highly technical issues and to achieve long term objectives, while purposely avoiding the risk of politicisation.

The State was not equipped with appropriate instruments to deal with these problems: it was clear that some highly technical and sensitive issues could not be dealt with by elected representatives. First, both the Parliament and the Government normally do not have in these areas the necessary expertise, information and time to shape objectives efficiently. Secondly, the very fact that such institutions may be characterised by different political majorities, and hence different priorities, as elections unfold, is in sheer conflict with the need in these areas for a persistent and consistent approach to achieve long term objectives – which is the prerequisite for the credibility of any regulatory policy making. Finally, both the Parliament and the Government may prove too factional [7] to engage, in some of these specific areas, in effective and unbiased policy-making: indeed, in seeking re-election, they may fall victim to private interest capture and aid only particular, relevant constituencies.

It is interesting to look at the particular example of the definition and implementation of monetary policy. Here, the lack of autonomy vis-à-vis the Parliament and the Government can have dire consequences: monetary policy must have a medium to long term orientation to ensure price stability and, as such, it proves

incompatible with the needs or aspirations of governments wishing to avail themselves of fiscal inflation [8] as a tool to promote and support deficit spending, particularly in periods leading to a new election. Furthermore, governments may want to use the devaluation of the national currency as a compensatory tool for rising inflation, and hence diminishing competitiveness of the country on an international level, on instances where there is no political will or interest to intervene on wage formation processes, or to ensure sound fiscal policies, which may be of support for any monetary policy aiming in the long run at price stability. More generally, governments may just not be able to commit to long term monetary policy strategies, not just as a result of private interest capture, but again in light of the fact that government serving times and the likelihood of different political majorities as elections unfold may not be compatible with consistent long term approaches. In the monetary policy field it can even happen that governments and parliaments, across the political spectrum, are unanimous in defining a monetary policy framework that is in conflict with the interests of the electorate for a solid economy, but compensates for their political impossibility, at a given time, to make fundamental economic reforms, or supports their need to give way to deficit spending, shifting the burden of any such choice to the next generation of politicians and citizens. In such cases, it is not unrealistic to imagine that parliament and government might be unanimous in deciding to redefine the objective and the legal basis of the central bank, to oblige the latter to comply with their instructions, even though they go against the interests of the citizens.

Given the risks implied in the politicisation of certain highly specialised fields of public interest and aiming at achieving efficient results, the State has therefore set up single purpose, technocratic governmental agencies and bodies [9], as well as central banks, which are independent from the political power, have to achieve and maintain a clearly defined statutory objective [10] and have been assigned sectorial regulatory powers.

The benefit of such new concept of governance is that independent regulatory agencies, first, have the necessary expertise to tackle highly complex matters. Secondly, being free from any political influence, they are able to provide greater continuity and stability in pursuing the set objective than cabinets or parliaments, as they are not directly involved in election returns [11]. Finally, they prove more flexible in the use of the technical instruments to achieve the set goal, as this discretional choice depends only on technical considerations and is not subject to a democratic discussion, and can thus respond more swiftly to new issues or specific public demands. In the specific case of central banks, the absence of any link with politicians ensures the possibility to focus effectively on long term results [12], but is also synonymous with immunity from interest groups, and no risk of inflationary bias when elections approach [13]. Independence from political influence has become therefore a key value in modern central banking.

These have been very strong reasons in favour of the independence of specialised agencies and central banks. At the same time, the fundamental principle of democratic societies, according to which the power belongs to the citizens, must always apply. Therefore, any delegation of regulatory power by the democratic State to independent agencies or central banks must include a system whereby the agency (or the central

bank) can be held responsible for the attainment of its statutory objective by the citizens or their elected representatives : this is known as accountability. The debate on the accountability and transparency of independent governmental bodies arises therefore from the establishment of a new concept of governance, which rests on a non-centralised notion of power.

In a nutshell, the debate on accountability of independent institutions deals with the following question. If reasons of efficiency and, in the last end, of protection of the long term interests of the citizens, are at the roots of the decentralisation of the governance function to independent bodies, is government by specialised, technocratic experts, albeit in specific fields and with limited competences, compatible with the democratic principles which define the modern State [14] ? May received theories of democratic government indeed be extended, and to which degree, to such new structure of governance, so as to defy any risk of an undemocratic state developing within the democratic State [15] ? Indeed, such technocratic agencies are best described as non-majoritarian institutions [16] : bodies characterised at the same time by independence from the political power, by an *ad hoc* delegation of power by the State and by having appointed, not elected, technocratic staff, who, as such, are neither directly accountable to the citizens nor to elected politicians, and yet can sometimes yield enormous power.

There has been an evolution in the way in which academic literature has dealt with the issue of the role of non-majoritarian institutions in democratic societies and the need to control their exercise of power. In an initial phase, in the United States, for example, where experience with independent regulatory agencies is long standing, the academic debate on whether the idea of non-majoritarian institutions could indeed be reconciled with the democratic system first branded them, collectively, as the fourth branch of government [17], with a view to highlighting the major defects of the independent regulatory commissions, namely the violation of the principle of separation of powers and lack of political accountability [18], and thus implying that they were outside the control of the traditional three branches of the State, that, through checks and balances, keep the democratic system in equilibrium [19]. Later on, however, as subsequent political events proved how non-insulation of regulatory agencies from the effects of the electoral cycle and from the factionalised interests of politics could be detrimental to their fundamental role as unbiased policy-makers [20], the valorisation of a fourth independent branch of government, which would only be closely monitored by the courts, and would not have to be answerable to the Congress or the President, became dominant [21].

Today, the same dichotomy appears also in the European literature : independent governmental agencies and central banks are often portrayed as either quintessential or as a necessary evil, which raises stringent issues of democratic legitimisation and control. Still, this debate seems to me to be spoiled by lack of clarity on three important issues : first, what is the ultimate aim of accountability ; second, how can accountability be measured ; third, what is the extent of independence that the legislator has considered appropriate for modern central banks in Europe. Due to the lack of clarity on these important issues, the academic debate becomes often confused and not very productive. It is very difficult, for instance, to see clear trends in the

doctrine on the question of where to strike the right balance between institutional independence and accountability, since in reality scholars discuss different concepts of "independence" and "accountability". I will try to address these questions before proceeding.

C. The Aim of Accountability

First, it is clear that the aim of accountability is not to achieve a direct control on the independent governance bodies : the very reason for which independence has been given to these bodies excludes the possibility of direct control of the political power. The accountable body has always a certain room for discretion and it can be made accountable for the results achieved but not for the strategies chosen ; direct control instead implies that the political power can interfere, and give instructions, down to the smallest detail, and this is clearly incompatible with any degree of independence.

Secondly, the aim of accountability is not to reconfirm the democratic legitimacy of the independent governance bodies. In a modern democratic State, the paradigma for accountability is the one of government and parliament towards their citizens. However, when making parliament and government accountable for their actions by reviewing or discussing the results of their policy-making, their legitimation as institutions is never at stake, nor an issue. Any analysis focuses rather on whether those people that were entrusted with such institutions have lived up to their promises and have achieved the set objectives ; the evaluation is thus solely based on their results and their level of performance. Indeed, the legitimacy of the government and of the parliament has another origin : it comes from the fact that they have been appointed, and their powers have been defined, in conformity with the law. Policy choices can only make government and parliament lose their electoral support, but not their legitimacy. It is clear therefore that democratic legitimacy must pre-exist the actions of the accountable body, and only the results of such actions will be subject to the accountability test.

The same rationale must apply to non-majoritarian institutions and central banks. No issue of democratic legitimisation is really at stake here, as independent governmental agencies are not self appointed authorities, but pursue their activities on the basis of a delegation of power, i.e. on the express choice by Governments and Parliaments (or, in the case of the ECB, Member States) to bestow upon them an exclusive competence in specific fields, together with the required independence. The issue then is rather how to develop a notion of accountability which, whilst reassuring that non-majoritarian institutions are not constitutional anomalies [22] and that they can fit well into the traditional framework of controls, checks and balances of the democratic state, is not detrimental to their fundamental need for (more or less thorough) independence [23].

To sum up, if accountability is a mechanism through which the electorate checks the performance of the parliament and government against their electoral promises, it is argued that the same concept must be applied to the case of independent governmental bodies, to which the State has transferred certain powers. Accountability is therefore a mechanism through which the performance of government independent bodies and central banks can be checked against pre-set objectives ; the difference being that these

objectives are not, like in the case of democratically elected representatives, chosen by the candidate and endorsed through the vote by the electorate, but they are pre-defined by the State as a condition for the transfer of power. The externalisation of the policy choice, together with the establishment by law of the independent regulatory agency or central bank, ensures *ab origine* the democratic legitimacy of these bodies.

It is very important to make this point because one cannot help but remark, in the academic debate on the criteria to evaluate the accountability of non-majoritarian institutions, a constant shift between a notion of accountability, defined, as above, as the application of the received theories of democratic governance to governmental agencies and, particularly, central banks – in full awareness of and respect for their independence – and a notion of accountability which amounts to direct control, relying on concepts such as punishment, changes to the legal basis, override, suspension and annulment of decisions, and appears, rather, to bring the debate back to the issue of legitimacy of non-majoritarian institutions [24]. It has been written, for example, that democratic accountability and democratic legitimacy are linked, and that democratic legitimation in some respects is mediated through democratic accountability [25]. Yet, this is exactly what should not be: as it has been demonstrated, the aim of accountability is not to reconfirm the democratic legitimacy of the central bank, which springs from another source, but to check the performance against the set objectives. If accountability must amount to direct control, it is to no avail to formally believe in, and establish, independent central banks and agencies only to deprive them – on grounds that their legitimacy has to be ensured – of the very prerequisite for them to actively pursue those objectives which no other institution can achieve in as unbiased and as effective manner: their independence when adopting policy decisions.

It is now necessary to see how accountability functions and how it can be measured.

D. The Meaning of Accountability and its Parameters

There is widespread agreement on a concept of accountability as the *interaction between the accountable (or holder of power) and the accountee (or the authority to whom accountability is owed) with respect to the task which has been the object of a delegation of powe*r by the latter. However, in the academic discussion on the meaning of accountability referred to the specific case of central banks and independent governmental agencies, different interpretations have been proposed as to what such interaction entails for both parties and how such interaction should be construed. The main reason for this diversity lies in the observation of the many different nuances and modalities through which accountability is exercised, which is a consequence of the diversity among what we include in the category of "independent governmental bodies". Also, those authors who prefer to analyse the political principles and theories and to propose solutions *de iure condendo* have clearly a different approach from the ones who analyse the given law to see how it functions and try to identify which reasons motivated the choice of the legislator.

To summarise, chief doctrinal contributions have categorised the different modalities of this interaction and distinguished them according to the *time* of the interaction, the *identity* of the accountee, the *content* of the obligation of the

accountable party and the *width* of the control exercised by the accountee. First, *ex ante* and *ex post* accountability [26] – whereby reference is made, in the former case, to the interference of the accountee in the process of choosing the holders of power or to its required consent for any decision of the accountable to be final and, in the latter case, to reporting requirements or instruments of amendment or redress – have been identified as specific categories. Secondly, it has been argued in favour of a *diversified* accountability which should be construed with respect to executive bodies, legislative bodies and judicial ones [27] alike : hence the interaction with the parliament cannot be the sole parameter of accountability, but the latter should be in fact construed on a multi-lateral interaction, which has the advantage of ensuring the diversity of *inputs* that is the prerequisite for any democratic dialogue and balance of interests. Thirdly, a distinction has been made between *explanatory* accountability, with emphasis on the obligation on behalf of the central bank or independent governmental agency to give answers or give account of action, and *amendatory* accountability [28], where the focus is rather on the obligation to make amends or grant redress, upon instances of failure or deviation from a given target. Finally, on the basis of the width and depth of control, *normative* and *non-normative* control have been distinguished [29], with the former consisting in an evaluation of the performance of a non-majoritarian institution on the basis of pre-set rules, and the latter resulting into proper accountability or answerability of such non-majoritarian institution to a body (e.g., the Parliament) for review and censure of its actions regardless, or in the absence, of any established norms.

More recent studies, focusing specifically on central banks, have elaborated on previous contributions to the debate on the meaning of accountability and have identified various interdependent parameters for the evaluation of the quantum of *accountability* of central banks [30]. First, the legal basis, i.e. the legal act by which the central bank has been set up, is not only the source of legitimacy but also a parameter of accountability. The limits and the scope of the independence of the central bank, its objectives and tasks, and the way according to which the members of its decision-making bodies are appointed, determined by the law, are instruments of *a priori* accountability. It should be mentioned that whenever the central bank has been established through ordinary law (not through constitutional law or, like the ECB, by an international Treaty), the parliament could at any time change the statutory objectives of the bank and thereby impose compliance with its political will [31]. Other criteria which have been identified are the relationship of the central bank with the parliament [32] and with the executive branch of government [33], the appointment, reappointment and dismissal procedures [34], the monetary objectives [35], the override mechanisms [36], the budgetary accountability of central banks [37] and, last but not least, its level of transparency. Given the increasing relevance of transparency as a criterion for public action, and in particular of transparency as a necessary requirement for independent institutions, I will come back to transparency later on.

These parameters have been identified observing the different ways in which NCBs are accountable towards their parliaments, governments and citizens, and their identification has been extremely beneficial for the legal and political reflection. In particular, the reality has shown that, first, these criteria are interdependent, i.e., to

evaluate the performance of the central bank, the accountee(s) need(s) to consider jointly several of these criteria and, secondly, that the variety of instruments through which accountability can be achieved makes it possible, avoiding rigid and inflexible models, to achieve accountability through different combination of the various tools, adapted to the specific nature, needs and objectives of each independent government body.

E. Formalistic Notion of Accountability versus Economic Notion of Accountability

As already mentioned, the challenge with non-majoritarian institutions is to define a comprehensive notion of accountability that, whilst extending to them the received theories of democratic government, does not compress the boundaries of their action in a way that jeopardises the achievement of their objectives and is construed on the basis of the specificity of central banks and governmental agencies and bodies respectively, and their ability to deliver. The solution to such quest may lie in the distinction, which has been made at doctrinal level, between an institutional notion of accountability, and a notion of accountability construed on an economic rationale [38].

The first notion focuses on the institutional dimension of central banks and independent agencies and on the issues pertaining to their placing within the existing system of checks and balances, with the risk (particularly in the case of central banks) to set very tight boundaries for them to really act independently within their field of competence. According to this more traditional definition, developed for the delegation of power to certain branches of, or entities dependent from, the government, accountability is an instrument to directly control the activities and policies of the accountable body, including by direct intervention (through override, suspension and annulment of decisions). In this perspective, the relationship between a central bank and the other democratic institutions of a country has also been described [39] as a principal/agent relationship, where the agent should be answerable to the principal for the exercise of the delegated power and the latter, as the ultimate holder of power, should have the possibility to always steer or redirect any strategy of monetary policy. It is immediately clear that such formalistic definition is completely unsuited for independent agencies and central banks ; since it has been the choice of the legislator to grant them independence, other instruments must be used to achieve accountability in this context [40]. Such notion of accountability needs to be dynamic, i.e. construed on the basis of the specific needs for their functioning and made supportive of their independence, in the light too of the differences which characterise central banks and independent agencies. If, as mentioned above, accountability is a mechanism through which the electorate analyses the achieved level of performance, checking the results attained against the set objectives [41], then it is clear that accountability must be construed on the basis of an economic rationale.

Differently from the formal notion of accountability, which is simply based on direct control, the economic notion of accountability is based on the assessment of the results achieved without direct control on the instruments used. Clearly, this notion of accountability is less mechanistic and more complex to implement as, to achieve efficiency, it can operate only in the presence of a number of conditions. This higher

complexity is the reflection of the more sophisticated relationship existing between independent central banks and agencies and their parliament and government, and has the advantage of adapting the way in which accountability is exercised to the specificity of each independent government body or central bank, improving the efficiency of the control.

F. The Three Conditions for (the Economic Notion of) Accountability

Three conditions are necessary to allow the accountees, which could be the citizens, the parliaments and the governments, to assess the performance of independent government bodies : (1) legitimacy and judicial review, (2) clearly specified ultimate objectives, which allow to pursue specific, single-purpose policies (predefined *ambitus operandi*) without the need for political pluralism in the decision-making process, and (3) a high level of transparency. In the presence of these requirements, it is possible to verify from a distance, without any direct control or other form of intrusive interference in the decision-making process, whether such bodies fulfil the role, which has been bestowed upon them.

1. Legitimacy and Judicial Review

It is clear that the question of legitimacy pre-exists to, and is a pre-requisite of, the question of accountability : the independent government body must be established, and the power transferred to it, through a legal act adopted, in accordance with the constitutional framework of the State, by the democratically elected representatives of the people. The latter have in particular the task to define the ultimate objectives, to achieve which the independent body is set up and granted independence from the government together with certain specific powers. The more specific the objectives, the easier it will be for the accountee to assess the consistency of the policy adopted by the independent body with the target which has been set to it.

Judicial review is, in a state of law, the other side of the coin of the attribution of powers : the use of powers must conform with the law and the action of any governmental body is always subject to the control of the courts as *ultima ratio*. The possibility to submit the non-majoritarian institutions to the judicial review ensures the possibility for parliament and government to challenge specific acts or decisions on instances where the public interest is at stake.

2. Clearly Specified Ultimate Objectives

The second condition is that the objectives to be pursued by the independent central bank or independent government body must be specified by the democratically elected representatives of the people. In this respect, it has to be noted that this condition for (the economic notion of) accountability applies very differently to central banks on the one hand and to governmental bodies and agencies on the other hand [42]. Whilst independent central banks can be assigned a single overriding specific objective for monetary policy (e.g., price stability, which may also be given a quantified expression in order to provide a clear-cut benchmark for accountability), financial agencies [43], typically, can only have broader, more diffuse, objectives : an oversight authority for payment systems, as much as a competition authority or a data protection commission

can only commit to the general goal of an effective oversight of payment systems, of ensuring competition or compliance with data protection legislation, but they cannot identify a benchmark, nor is it possible to define beforehand a measure or a *quantum* of interventions and activities to decide whether they are indeed fulfilling their role. With a specific target like price stability it is possible to assess all along whether the way in which the monetary policy of the central bank is performed is consistent with the set target : the inflationary target may only be attained in the long term, but periodical evaluations will give a sense of the overall trend. On the contrary, in the case of financial agencies or other single purpose authorities having a broader objective, the number of interventions (e.g., fines, recommendations, or a positive stance with regard to specific subjects) is not necessarily an indication of the fulfilment by such institutions of their tasks, as in certain situations more interventions may be required, or a less stringent approach may be more appropriate.

In addition, the need for political pluralism in pursuing the set policy is different for central banks and for governmental bodies and agencies. In the case of central banks, once the target (of price stability, for example) has been specifically set by the law, it is difficult to imagine how different political preferences could influence the way to attain the target, as in the field of monetary policy the whole exercise is rather a technical one [44]. Instead, in the case of single purpose institutions other than central banks one may indeed often speak of issues at stake which can trigger different preferences in the government and the parliament and where, hence, a pluralistic approach and an effective system of checks and balances would constitute an added value (and intervention in, or dialogue with, the independent government bodies would reflect reasons of efficiency and foster the better achievement of the pre-set objective).

3. Transparency

The third condition for (the economic notion of) accountability is a high level of transparency, i.e., the level of disclosure of information by a central bank or an independent government body with respect to its activities and decisions, and hence the possibility for the citizens to gather a thorough understanding of the central bank or independent agencies and make an evaluation [45]. Transparency within the framework of non-majoritarian institutions has been characterised [46] as requiring *constantly available and timely information* – made available, to the maximum extent permitted by the need to preserve confidentiality [47], through disclosure procedures and on the basis of codes of transparency – which both identifies the *decisions* made by the revealing party and *explains the reasoning* behind, thus refining the perception of the recipient of monetary policy choices and of the impact of the latter on its political, economic and social choices [48]. Transparency should also amount to specifying longer time goals, instruments of policy and objectives, as much as short term tactics. As already mentioned, the recipient of the information may be the general public or a specific group of interested recipients. The great interest of this definition is that transparency, as it is only very swiftly acknowledged in one of the studies [49], turns, under the previous two conditions, into a form of accountability of its own, into a paradigm of accountability of its own from the perspective of our analysis. Indeed,

it can be argued that provided there are clearly specified targets, *per se* the disclosure of information on the reasons for the policy choices made makes a legitimate non-majoritarian institution accountable, without affecting its independence. Some scholars consider that transparency by itself cannot provide for an efficient degree of *democratic* accountability and be a substitute for it [50], since transparency is only the *quantum* of the availability of information, while accountability implies something more, namely a justification of the central bank's or agency's actions and decisions [51]. It is argued here that this distinction is a bit artificial, since the pure transmission of data without any explanation of the reasons for the choices made does not amount at all to transparency : the information risks, on the contrary, to become meaningless.

Out of the three conditions identified above, transparency is the only one which is in the hands of the accountable party and which is not frozen by the law : in the presence of the other two conditions, it becomes in fact the most decisive one. Indeed, the great benefit of transparency is that the disclosure of information will ensure that the actions of the institution are evaluated against the benchmark of the set targets, will indicate the degree of fulfilment of its tasks and will thus promote a public and political debate on its performance. This debate will prove all the more pluralistic as the suggestions, questions or criticisms expressed by parliament and government will be complemented by the positions taken up by the single purpose institution with respect to parliament and government, with an enhancement of the system of checks and balances, now relying on an additional pillar. Indeed, the notion of transparency here referred to is a dynamic one, which does not merely consist in making information generally available, but is also about providing information in a systematic and structured way to enable the public to understand, evaluate the performance of the central banks and to engage in an ongoing dialogue [52].

Following the analysis above, it can be concluded that only in the case of central banks and provided that legitimacy and a clearly specified objective exist, transparency can be properly referred to as an independent, *per se* sufficient paradigm of accountability, whereas with respect to all other single purpose institutions, given the wider objectives they have been given by the legislator, the need could arise to complement transparency with traditional *ex ante* and *ex post* accountability, the risks of which would need to be weighed up and compared with those of an independent agency overshooting the mark or not delivering enough. It is good at this point to concentrate the analysis on central banks only, and to look specifically at central bank independence.

G. Central Bank Independence in Contemporary Europe

We have seen how the rationale behind the transfer of power to non-majoritarian institutions is that of ensuring a technocratic and depoliticised approach to sensitive issues of fundamental public interest, particularly on instances where the latter need to be addressed in a long term perspective, since, with regard to such sensitive issues, governments and parliaments may not be able to adopt, nor to commit, to a long term position. It is commonly agreed that independent central banks have proven more efficient in addressing the complex reality of the financial markets and pursuing the long term objectives of monetary policy than non-independent ones. The question,

which arises then for the legislator, is the *quantum* of independence of a central bank : the balance to be achieved is the one between the need for unbiased institutions that are independent from parliaments' and governments' short term perspective or lack of perspective, and the need for a clear policy view on the decisions that the bank might be entitled to make.

Throughout the world, one can find different interpretations, made by different legislators, of where the balance lies. It is important to recall that in Europe the fifteen Member States of the European Union have made a choice in this respect [53], which therefore constitutes the generally accepted balance between the two above-mentioned needs. In contemporary Europe Article 108 of the Treaty [54] has granted to National Central Banks (NCBs) and the ECB an extensive independence from the political power in order to pursue price stability [54*bis*]. The Convergence Report of the EMI [55], on the basis of which, before the beginning of Stage 3, the Member States have amended their legislation and the Council of the European Union has decided [56] which Member States fulfilled the conditions for the adoption of a single currency [57], specifies clearly which rights of governments and parliaments are incompatible [58] with the political decision that monetary policy must be pursued independently from any political influence. Parliaments and governments cannot anymore give instructions to their NCBs, approve, suspend, annul or defer their decisions, censor their decisions on legal grounds, participate in the decision-making bodies of the NCBs with a right to vote, be consulted *ex ante* on an NCBs decision, dismiss governors for reasons other than those mentioned in Article 14.2 of the Statute of the ESCB and of the ECB (the Statute), choose the length of the mandate of the governor, which must now be at least five years, influence the determination of the budget or the distribution of profit of the NCB.

Today, in the European Union, all the instruments which amount to direct control and which imply the power of the government or parliament to change a decision of the NCB or take it instead of the latter have become illegal. This is the reason why certain scholars [59] consider that the level of independence given nowadays to the central banks in Europe, and to the ECB in particular [60], makes them non-accountable to the citizens. However, this perception arises from the adherence to a formalistic notion of accountability, which, as it has been demonstrated, cannot be applied efficiently to independent central banks, and ignores that the legislator has made a choice for an economic notion of accountability. It will be shown that many instruments still remain whereby the achievement of the objective set to the ECB can be verified, without the need for the parliament to have a direct control on the accountable central bank. In the case of the central bank and also reflecting different legal and political traditions, equally acceptable results can be achieved through different combinations of various instruments [61].

H. Is the European Central Bank Accountable ?

After having looked at the conditions under which it is possible for the electorate, and for the parliament and government, to assess the performance of independent central banks, and make them accountable for their policies, we will analyse the specific case of the ECB to verify whether these conditions are satisfied. It will

be shown that the citizens are not only in a position to effectively evaluate the performance of the ECB and the adherence of its monetary policy to the objectives which have been set to it but also, thanks to the participation of the ECB as a peer in the interinstitutional dialogue and in the legislative process, and to the clear way in which the Treaty has divided responsibilities among economic policy actors, they are better able to make accountable national governments and European institutions for their policies and for the keeping of their promises.

1. Legitimacy and Judicial Review

The ECB has been established by means of the Maastricht Treaty of 1992 – an international treaty concluded by fifteen national governments, ratified by fifteen national parliaments and, in some cases, endorsed by a popular referendum – and has thereby received a profound and robust degree of democratic legitimacy [62]. This Treaty foresees the mechanisms for appointment and dismissal of the members of the decision-making bodies (Articles 112(2)(b) EC and 11(2) ESCB) [63] and establishes the fundamental principle of independence from any political influence, as defined in Article 108 EC [64]. Concerning judicial review, the Treaty attributes to the European Court of Justice the task to interpret the width of the powers conferred to the ECB or review its acts or omissions [65]. Also, the accounts of the ECB and the NCBs are audited by independent external auditors, which are recommended by the Governing Council and approved by the Council [66], whilst the Court of Auditors examines the operational efficiency of the management of the ECB [67]. Thus, in all those instances where it has been possible to ensure *a priori* a democratic interface between the ECB and the other Community institutions, without creating a potential risk for political interference and enhancing accountability in the economic sense, this has indeed been the case.

2. Clearly Specified Objective

Given, first, the sensitivity of monetary policy, all the more if pursued at the Community level (and through the procedural complexity of the Eurosystem, which introduces a multilateral aspect in every task to be fulfilled) and, secondly, the need for the ECB to be fully insulated from any kind of interference in particular from national politics, the objective of monetary policy, *i.e.* price stability, has been set in the Treaty, giving it a quasi-constitutional character, and it has been formulated in very clear terms as the primary objective of the ECB [68]. Price stability therefore must always prevail on other broader, more general objectives of the Community which, still, the ECB must take into consideration in its policy decisions [69]. The presence of one, clearly defined, primary objective is complemented, as always in the case of independent central banks, by instrument independence as regards the choice of the appropriate monetary policy strategy to achieve the Treaty mandate. In the case of the ECB, this includes the possibility to quantify the specific target. The very fact that the ECB is entitled, not only to decide how to apply the monetary policy instruments at its disposal, but also to quantify its primary objective of price stability as part of its monetary policy strategy, has been one of the major criticisms of an ECB portrayed as unaccountable. It has been argued [70] that the ECB is completely free to define its

objectives and that this would go beyond instrument independence and would in fact amount to goal independence.

This opinion fails to understand that the ECB could not modify its goal (price stability) *ad nutum*, as the latter is crystallised in the Treaty, that the possibility to define it in a measurable way is not unlimited, and disregards two elements. First, the concept of price stability, while not well defined as such, is not a blank sheet of paper ; there is a history of what has been considered by NCBs, in the opinion common to the monetary policy makers of the Member States until monetary union (and also among the general public), as amounting to price stability. The ECB therefore was not free to break the continuity with the pre-existing consensus and the consolidated and generally agreed technical opinion about the meaning of price stability [71] : if the definition adopted by the ECB would be manifestly out of line, in the opinion of the monetary policy experts, such decision could even be challenged in Court. Secondly, the ECB, by publicly announcing a quantitative definition of price stability, although the Treaty does not set any obligation in this regard, voluntarily establishes an important benchmark both in order to facilitate the attainment of the objective itself (by anchoring long-term inflation expectations) and in order to provide a yardstick for its accountability. Such a benchmark enables the citizens (and also the Community institutions and the Member States) to assess the ECB's performance with regard to its medium-term objective of price stability [72]. In this way, the quantitative definition of price stability, together with the other elements of the ECB's monetary policy strategy and ongoing explanations of monetary policy decisions on the basis of the announced framework, represent a form of self-commitment of the central bank to promote the accountability and transparency of its action vis-à-vis the electorate. A full notion of central bank independence must necessarily comprise the possibility to quantify the set goal in terms of a suitable price index as the most appropriate "technical" measure for price developments. By contrast, any form of co-decision, or any interference in this decision by governments on grounds that it would make the latter more accountable, amounts to no less than a Trojan horse, as it brings monetary policy back into the sphere of politics rather than safeguarding it as a common good of quasi-constitutional dimension, and appears incompatible with the basic idea of central bank independence as existing nowadays in the European Union [73]. This would indeed be a risk if, e.g., governments and not the ECB were to decide which year-on-year increase in the Harmonised Index of Consumer Prices for the euro area (HICP) corresponds to price stability [74].

In this respect it is interesting to note that this view seems to be shared by the participants in the Convention. The objective of the Working Group IX on Simplification [75] was to streamline the existing legislative procedures and reduce them to few categories. For reasons of democratic legitimacy, the working group has proposed that all legislative acts will be adopted in the future by co-decision, by the Parliament and Council. In the final report presented by the WG IX to the Convention, reference is made to the fact that there are legal acts, which, although based directly on a Treaty Article, have nevertheless a technical, non-political, nature, and therefore do not need to be adopted by the democratically elected representatives of the people. According to the final report, all the legal acts that the ECB can adopt fall in this

category [76]. It is therefore recognised that the discretion granted to the ECB is not political, but technical discretion, and that the political pluralism would not bring any added value to the ECB's monetary policy.

3. Transparency

The issue which remains to be addressed is whether in the light of clearly specified objectives the level of transparency allows for the evaluation of the performance of the ECB and hence for its accountability.

It must be stressed that, in the case of the ECB, the disclosure of information is not limited to a "window" on the bank activities, but has been construed as a proper institutional dialogue at the Community level, between equal parties: as a result, the information is regularly and timely available. First, the ECB addresses to the European Parliament, the Council, the Commission and the European Council an annual report on its activities and on the monetary policy of both the previous and current year. Such report is presented to the Council and the European Parliament by the President of the ECB, with the possibility for the two aforementioned institutions to hold a general debate on the basis of it [77]. Furthermore, at the request of the European Parliament, or on their own initiative, the President of the ECB and other members of the Executive Board may be heard by the competent committees of the European Parliament [78]. The President of the ECB may also be invited to participate in Council meetings, when the Council is discussing matters related to the objectives and tasks of the ESCB [79]. Moreover, the President of the Council and a member of the Commission may participate without a right to vote in the meetings of the Governing Council [80], and the President of the Council may submit a motion for deliberation to the Governing Council [81]. Finally, the candidates for the position of Board members are heard by the Parliament, which, in accordance to its Rules of Procedure, invites them to make a statement [82].

The level of disclosure of information with respect to the activities of the ECB and its performance is further enhanced by the multilateral, multinational dimension of the ESCB. According to the law of several Member States, the Governor appears before the respective national parliament to report, *ex post*, on the activities of the NCB, thus offering further insight also on the pursuit of the monetary objectives by the ECB.

The ECB also attaches great importance to ensuring a dialogue with the financial markets, and, in this regard, avails itself of every sensible opportunity to liaise with them, e.g., by means of press releases, speeches by the members of its decision-making bodies, monthly press conferences or communiqués – organised or issued immediately after the meetings of the Governing Council – and a number of publications.

The formalistic approach to the notion of accountability has led to a number of criticisms, part of which are construed on the very multinational, multilateral dimension of the ECB. One of the main arguments against the thesis of an accountable ECB is that the absence of an override possibility with respect to the monetary policy decisions or strategies of the ECB would *de facto* devoid the level of transparency of all meaning, as the ECB would be practically untouchable. In this respect, two remarks

are necessary. First, the Treaty foresees two guarantees for cases of abuse of power. Not only, as already mentioned, the ECB and its actions are subject to judicial control, but also the members of its decision-making bodies can be compulsorily retired if they do not fulfil anymore the conditions required for the performance of their duties or if they have been guilty of serious misconduct [83]. Clearly, independence does not mean freedom to abuse power or to disregard the statutory objective.

Secondly, we have seen how the possibility of an override is neither necessarily beneficial for the achievement of the goal assigned to the central bank, namely for the public interest in an unbiased monetary policy, nor an indispensable element of accountability. In the specific case of the ECB, this tool is indeed replaced by a more effective and pluralistic combination of a balanced dialogue between equals, where the ECB commits to offering all necessary elements for the Council, the Commission and the European Parliament to gather insight on the unfolding of the set monetary policy strategy, and the Community institutions can make suggestions or remarks, while the Member States can take this information into account when deciding their economic policy and when designating the Governor of their NCBs.

In this respect, *id est* with a view to ensuring a pluralistic non binding dialogue [84] between equals, must one understand the provision, which grants the President of the Council and a member of the Commission the possibility to take part, without a right to vote, in the meetings of the Governing Council [85]. Indeed, whilst it has been argued at a doctrinal level that Article 108 EC on the independence of the ECB could not be easily reconciled with such institutionalised [86] participatory rights, which would testify to potential influence on the decision-making process of the ECB, one has to bear in mind that the interface between the Community Institutions and the ECB, which is justified in particular by the subordinated secondary objectives of the ECB [87], can unfold, without any risk of pressure or interference, because of a legal framework not construed on a formalistic notion of accountability, and, hence, because the ECB, through independence, has been made as strong as its natural counterparts. Furthermore, it should be emphasised that the non-renewable term of office of the members of the Executive Board makes them all the more insulated from any pressure from outside.

On the other hand, the same rationale justifies the non-publication of the minutes pertaining to the meetings of the Governing Council. The ECB in fact not only is subject to multilateral accountability, through the multiple relations with the EU and national governments, but also runs the risk of multiple pressures. This is why, even though the ECB attaches great importance in liaising with the markets and indeed ensures a consistent flow of information on its activities and its stance with regard to many economic issues, the minutes of Governing Council meetings are not published. Indeed, any member-specific information on the decision-making process may entail the risk of binding the bank with respect to future decisions and of depriving the decision-making bodies of their collective identity, and could shift the focus, positively or negatively, to single members. This could put governors under undue pressure, especially at a national level, where they could be accused of not acting in the interest of the country, and, most importantly, they would not have the possibility to rely on the rationale of the dialogue between equal parties, as they would find

themselves singled out and in any way deprived of their credibility for the future. In the same way, members of the Executive Board could be put under pressure by the European Parliament : it is noteworthy that the request for publication of the minutes has come from the European Parliament with the express objective to know how the "European element" of the Governing Council, namely the Executive Board, votes in monetary policy decisions.

I. Independence and Accountability of the ECB as Complementary Instruments for Democracy

Monetary policy cannot be considered just one form of economic policy like all others [88]. This emerges clearly from the Treaty, which treats monetary policy and economic policy in different chapters and separates responsibilities for different institutions. Stable money is the very basis and precondition for a well-functioning market economy and social and political stability more broadly. This provides a strong rationale to insulate monetary policy from short-run political interests. Indeed, monetary policy is of such relevance for the setting up of the whole economic framework of a country, and can at the same time be so easily subject to political interest capture, that an effective independence is a quintessential feature of a central bank, as only a highly specialised organisation, sealed from political interference, can ensure the attainment of the set objectives.

At the same time, an independent central bank does not operate in a vacuum. The need for an interface between a central bank and the institutional framework of the respective country has been explained at a doctrinal level with the need for a system of accountability between the holder of power (in this case the ECB), and the accountee, the European citizens. As it has been demonstrated, accountability and independence can be reconciled in the ECB through the upgrading, made by the Treaty, to a fourth legitimate and democratic power contributing to increasing the transparency and the pluralism of the debate, and in the last end the overall accountability of the State towards its citizens.

As already mentioned, the relationship between a central bank and the other democratic institutions of a country has also been described as a principal/agent relationship [89]. In reality, a more appropriate description of this relationship, if it is agreed (as it is in Europe) that the central bank must be independent from the government, is the one between trustee and beneficiary [90]. In the case of the ECB, even this does not perfectly fit, since we are not talking of a "delegation" of power (which could always be taken back by the delegating authority) but of an irrevocable transfer of power from twelve Member States to the ECB. It would therefore be impossible to identify, even if the principal/agent theory was followed, a "principal" : not a government (there are twelve of them), not the Community, since the Member States have transferred the power directly to the ECB [91], not the European Parliament or the Commission, for which there is a prohibition to give instructions which is at the core of the principal/agent relationship [92].

The degree of independence bestowed upon the ECB is not only a prerequisite for the attainment of its primary objective, but provides it with the necessary strength for a meaningful role in the pluralistic debate between democratic institutions : only

an independent central bank can afford to highlight the necessary economic policies or reforms which must complement a strategy of monetary policy, and be an unbiased reference for any discussion on their formulation. In particular, only an independent central bank can ensure that any criticism or suggestion by parliament and government will translate into a non binding constructive interinstitutional debate. In this sense, the ECB can be considered to constitute a democratic fourth pillar (after parliament, government and the courts) of a system of checks and balances, as not only should the ECB undergo the scrutiny, from a distance, by the other institutions, on the way in which its policies achieve the objective, but it should also be in the position to scrutinise such institutions and thus participate and fundamentally contribute to the pluralistic debate of the democratic state, enhancing its pluralism. It could even be argued that the independent position conferred to the ECB by the Treaty has further reinforced the system of checks and balances, as it enables the ECB to make suggestions to the national and European governments on matters of common interest and requires at the same time any other authority within the State to formulate its critiques or suggestions for alternative objectives in a transparent way, thus reinforcing the public debate. It is clear that the independence of the ECB and its role as a peer in the inter-institutional dialogue also fosters the necessary diverse and highly specialised nature of the latter (which is the prerequisite for the dialogue between the different positions to be taken into account in the monetary policy decision-making). Indeed, as far as the definition of the monetary policy of the Community is concerned, only an independent ECB can guarantee that the positions of the Parliament as the representative of the political mainstream at the Community level, the Council as the expression of the needs and aspirations of the Member States, and the Commission as the custodian of economic policy cohesion at the Community level will be taken into account (without being bound by them) for its decisions on a long term successful monetary policy capable enough of continuously supporting and further corroborating the Community economic framework. Without an independent ECB, such interinstitutional dialogue would not be a diverse and specialised one as the ideas, aspirations and worries of the economic players would not be counterbalanced by the voice of the expert. Hence, any position would either be reflected, unfiltered, into monetary policy strategies of only short term avail, or it could be suffocated by the vicious circle of the political debate. The independent voice of the expert provides for the proficient analysis of the different stances at the Community level and, where deemed appropriate and consistent with the set objectives, for their effective reflections in the decision-making process.

The added value for the ECB to effectively act as a democratic fourth pillar is indeed reflected both in the Treaty and the Statute, where the interface between the ECB and the Community Institutions has been enhanced beyond the need for *ex ante* or *ex post* accountability.

First, the ECB participates directly in the legislative process when the legal basis for its action is touched upon : in these cases, it has even the right of initiative, being able to submit "recommendations" as provided by the Treaty [93] with regard to the amendment of specific articles of the Statute [94], to the adoption of the so-called

"complementary legislation" [95], or with respect to formal initiatives by the Council in the field of foreign exchange [96].

Secondly and most importantly, the provision which most clearly shows the new constitutional role that the Treaty assigns to the ECB is certainly Article 105 (4) [97], which obliges Community institutions and national authorities to consult the ECB on any proposed Community or national draft legal act in the fields of competence of the latter. This task attributes to the ECB an extremely important role in the constitutional balance. In fact, the ECJ has concluded, in the case of the consultation of the European Parliament foreseen by the Treaty [98], in cases of mandatory consultation of a "third party" provided for by acts of secondary EC law [99] and even by internal decisions of the institutions [100], that failure to consult constitutes the infringement of an essential procedural requirement within the meaning of Article 230. Therefore, failure to consult would lead to the annulment of the vitiated national or Community legal act.

One realises therefore the importance of the task that the Treaty assigns to the ECB as independent and complementary democratic fourth pillar: the obligation for governments and parliaments to request the opinion of the ECB has the function of introducing in all law-making in Europe, both Community and national, the specialist's perspective, with the task to draw attention on the impact a law might have on monetary policy. Even more, this task is reinforced by giving the ECB the power to issue "own initiative" opinions: the Treaty allows the voice of the independent expert to be heard not only in the occasion of the adoption of legal acts, but whenever there is a need. According to Article 105 (4), "the ECB may submit opinions to the appropriate Community institutions or bodies or to national authorities on matters in its field of competence".

Finally, the ECB, together with the Commission and the EU Member States – each in its own right – is involved in the appointment of the members of the Economic and Financial Committee (EFC) and is consulted by the Council with respect to composition of the EFC.

J. Conclusion

The inadequacy of applying the traditional (and national) notion of accountability, amounting to control by the political power [101] to a modern independent central bank, and one having multilateral elements of accountability and political pressure, has clearly emerged from the analysis.

Accountability and independence are two faces of the same coin. Not only they are not incompatible, but they are complementary. In the case of the ECB and the NCBs, their independence does not diminish their accountability, thanks to their democratic legitimacy, their clearly specified objective and to the high level and quality of transparency. On the contrary, independence of the ECB, and the clear separation made by the Treaty between monetary policy and economic policy responsibility, increases the accountability of the European (and national) economic governance as a whole through the authoritative contribution of the technical expert, the ECB, in the democratic dialogue and the possibility for the institutions to make suggestions and criticisms on its monetary policy.

It can be concluded that independence of central banks, and of the ECB and the NCBs in particular, is fully in line with the received theories of democratic government.

Notes

[1] I would like to thank in particular Luca di Preso, but also Marta Lopez Torres and Bernhard Winkler for the very useful comments on earlier drafts of this article.

[2] See R. M. Lastra, H. Shams, "Public Accountability in the Financial Sector", in E. Ferran, C.A.E. Goodhart (ed.), *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 165-188, at p. 166.

[3] Original citation in *ibid.* See also M. Williams, *Rethinking Sovereignty*, in E. Kofman, G. Youngs (ed.), *Globalization : Theory and Practice*, London, Pinter, p. 119.

[4] See M. Bernstein, "The dogma of independence encourages support of the naïve notion of escape from politics and substitution of the voice of the expert for the voice of the people (…)". Original citation *in* G. Majone, *Independence vs. Accountability ? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in Europe*, EUI Working Paper SPS No. 94/3. See M. H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commissions*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1955.

[5] As it will be further substantiated in section B of this Article, reference is here made to the decision by the State to set up single purpose, independent technocratic governmental agencies and bodies, as well as central banks, which have to achieve and maintain a clearly defined statutory objective and have been assigned sectorial regulatory powers.

[6] This was already recognised in 1994 by G. Majone *in Independence vs. Accountability ?..., op. cit*. For a more recent debate on the balance between independence and accountability with respect to the ECB see the seminal contributions of Prof. Dr. h.c. Jean-Victor Louis, *Some Considerations on Modern Central Banking Law*, speech delivered at the *First Conference of the Monetary Stability Foundation*, organised by the Stiftung Geld und Währung in co-operation with the Deutsche Bundesbank and the Federal Ministry of Finance ; N. Jabko, "Expertise et politique à l'âge de l'euro : la Banque centrale européenne sur le terrain de la démocratie", *Revue française de science politique*, 51/6, December 2001, p. 903-931.

[7] See in this context the theory of factions of James Madison as discussed by D. J. Richards, *Italian American : the Racializing of an Ethnic Identity*, New York, New York University Press, 1999, p. 18-22.

[8] By *Fiscal Inflation* reference is made to governments and parliaments using their printing works to meet their financial needs, thus neglecting the risks and detriments of inflation. See R. M. Lastra, "The Independence of the European System of Central Banks", *Harvard International Law Journal*, 33/2, Spring 1992, p. 475-519, at p. 476. See also B. Winkler, "Co-ordinating Stability : Some Remarks on the Roles of Monetary and Fiscal Policy under EMU", *Empirica*, 26, 1999, p. 287-295, at p. 292.

[9] In Italy, for example, this process led to the creation of at least five independent agencies – the so-called *authorities* – such as the *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (the competition authority), the *Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali* (the data protection authority), the *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (the telecommunications authority), the *Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas* (the energy and natural gas authority) and the *CONSOB* (the public authority responsible for the regulation of the Italian securities market). A similar phenomenon took place also at the Community level, where ever since 1993 fifteen single-purpose agencies have been created or are in the process of being set up. For a valuable discussion of this phenomenon at the Community level, the implications of the lack of regulatory powers which characterises the Community single purpose agencies and the developments which are foreseen in this respect, see A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 254. See also, on the question of the delegation of rule-making powers to independent agencies at the Community level, G. Majone, "Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity", *European Law Journal*, 8/3, September 2002, p. 319-339. According to G. Majone ("Europe's "Democratic Deficit" : the Question of Standards", *European Law Journal*, 4/1, March 1999, p. 5), the "democratic deficit" is democratically justified, as it is the conscious choice of the wide majority of the European electorate.

[10] The width and the scope for discretion of these objectives varies in the various bodies, see below.

[11] See G. Majone, *Independence vs. Accountability ?...*, *op. cit*., p. 5.

[12] See O. Issing, *The Euro – Four Weeks after the Start*, Speech delivered to the European-Atlantic Group, House of Commons, London, 28 January 1999, available on www.ecb.int.

[13] See R. M. Lastra, *The Independence of the European System of Central Banks*, *op. cit*., p. 476, 477.

[14] For a seminal discussion on the democratic State and the new concept of governance see G. Majone, *Independence vs. Accountability ? ...*, *op. cit*.

[15] See R. M. Lastra, *The Independence of the European System of Central Banks*, *op. cit*., p. 497.

[16] See G. Majone, *Independence vs. Accountability ? ...*, *op. cit*. p. 2. Often the term *Quangos* as acronym for *Quasi* (or *Quasi autonomous*) *non governmental organisations* is also used to underline the peculiar situation of independent bodies and agencies which are delegated the relevant power by the State. See also F. Amtenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks, a comparative study of the European Central Bank*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 29.

[17] See G. Majone, *Independence vs. Accountability ? ...*, *op. cit*., p. 16.

[18] See *Ibid*., p. 16 : "[Independent Commissions] are in reality miniature independent governments set up to deal with the railroad problem, the banking problem, or the radio problem. They constitute a headless "fourth branch" of the government, a haphazard deposit of irresponsible agencies and uncoordinated powers. They do violence to the basic theory of the American Constitution that there should be three branches of government and only three",

original citation *in* R. E. Litan, W. D. Nordhaus, *Reforming Federal Regulation*, New Haven, Yale University Press, 1983, p. 50.

[19] See M. Quintyn, M. Taylor, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, IMF Working Paper, January 2002, p. 10, 29.

[20] See G. Majone, *Independence vs. Accountability ? ...*, *op. cit*., p. 16-17.

[21] For a fuller discussion of this evolution, see *Ibid*., p. 18-20. See also G. Majone, M. Everson, "Institutional Reform : Independent Agencies, Oversight, Coordination and Procedural Control", *in Governance in the European Union,* Luxembourg, European Commission, 2001, p. 139-183, at p.147.

[22] *Ibid.*, p. 21 (citation from C. Veljanovski, "The Regulation Game", in C. Veljanovski (ed.), *Regulators and the Market*, London, Institute of Economic Affairs, p. 3-28).

[23] See F. Amtenbrink, *op. cit*., p.378-379.

[24] See for example *Ibid*., p. 34 : "In so far as a central bank holds an independent position, mechanisms of democratic accountability are required in order to legitimise the position of the central bank within the constitutional system". See also P. Leino, *The European Central Bank and Legitimacy. Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy ?*, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/01, at p. 33 ; see O. Issing, *Should We Have Faith in Central Banks ?,* commentary by Geoffrey E. Wood, IEA Occasional Paper, 2002.

[25] See F. Amtenbrink, *op. cit*., p. 59. See also F. Amtenbrink, "On the Legitimacy and Democratic Accountability of the European Central Bank : Legal Arrangements and Practical Experiences", in A. Arnull, D. Wincott (ed.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 147-163, at p. 163 : "The legitimacy of any institution charged with executive tasks is directly dependent upon the degree to which it is accountable to democratically elected institutions".

[26] See R. M. Lastra, H. Shams, *Accountability : Ex Ante or Scrutiny, Ex Post or Control and Transparency*, working paper for the Joint Financial Markets Group and the Centre for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College Conference on *Rules, Incentives and Sanctions Enforcement in Financial Regulation*, 26 May 2000 ; available on http://fmg.lse.ac.uk/events/conferences/pastcon/rules/rules-prog.htm.

[27] See R. M. Lastra, *"*The Independence of the European System of Central Banks", *op. cit*., at p. 497. See also R. M. Lastra, H. Shams, *Accountability…*, *op. cit*., at p. 16.

[28] See R. M. Lastra, *The Governance Structure for Financial Regulation in Europe*, Financial Markets Group Special Paper 133, December 2001, p. 6 ; available on http://econpapers.hhs.se/paper/fmgfmgsps/sp0133.htm.

[29] See T. Daintith, "Between Domestic Democracy and an Alien Rule of Law ? Some Thoughts on the "Independence" of the Bank of England", *in* M. Andenas, L.W. Gormley, C. Hadjiemmanuil, I. Harden (ed.), *European Economic and Monetary Union : The Institutional Framework*, London, Kluwer Law International, 1997, p. 357-372.

[30] With regard to central banks, see F. Amtenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks*, *op. cit*., p. 37-59. For the operativeness of the same criteria with respect to financial agencies, see also R. M. Lastra, H. Shams, "Public Accountability in the Financial Sector", *op. cit*., p.165-188 ; M. Quintyn, M. Taylor, *op. cit*., p. 31-33.

[31] See F. Amtenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks*, *op. cit*., p. 42 ; see also M. Quintyn, M. Taylor, *op. cit*.

[32] For instance, the possibility for the parliament to acquire the information necessary for an effective oversight.

[33] The relationship between the central bank and the executive branch of government aims at establishing whether there are any mechanisms for exchange of information between the central bank and the government (e.g. formal meetings, participation of government officials

in meetings of the board of governors), which enable the evaluation of the performance of the bank and hence promote accountability.

[34] The presence of any appointment, reappointment and dismissal procedures would testify to both *ex ante* and *ex post* accountability, as the possibility to appoint central bank officials would allow for the choice of entrusted people and for the setting up of the required qualifications ; equally, the possibility to dismiss central bank officials, as much as their re-appointment (where terms are renewable), would grant the possibility to punish the central bank for any non-complying past performance.

[35] This criterion concerns the monetary objectives of the central bank and whether they are statutory (the so-called target approach) or are subject to discretionary decisions by the central bank or the government (or by an agreement between the two : the so-called contract approach), whether they are quantified and thus allow the evaluation of the level of performance, whether there is a single monetary objective (whose achievement would be easier to monitor) or multiple ones.

[36] Under this criterion, the evaluation is made whether there are any override mechanisms, which would allow the government, subject to specific conditions laid down in detail and the specification of the period of time where this is possible, to approve, suspend, annul or defer central bank decisions or issue directions for the conduct of monetary policy. Parliamentary approval of any such initiative and judicial review would prove fundamental.

[37] The rationale behind the budgetary accountability of central banks is that as the central bank fulfils public functions, any profit thereof should also belong to the state. Thus, in terms of *ex ante* accountability the Parliament should be involved in the approval of the budget of the central bank, whilst the review of the finances of the bank by the court of auditors or external auditors would ensure *ex post* accountability.

[38] See R. M. Lastra, H. Shams, *Accountability…*, *op. cit*., p. 16. See also R. M. Lastra, *The Governance Structure for Financial Regulation in Europe*, *op. cit*.

[39] See F. Amtenbrink, J. De Haan, *op. cit*., at p. 66.

[40] Generally, the argument is that parliament and government provide a two-dimensional system of checks and balances : one level which pertains to the accountability of central banks to parliament and government (M. Quintyn, M. Taylor, *op. cit*., p. 27), and a second one where government is accountable to parliament, with the risk of politicisation of monetary policy being minimised through the introduction of a clear yardstick against which the performance of the central bank has to be judged (F. Amtenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks*, *op. cit*., p. 55 ; see also *On the Legitimacy and Democratic Accountability of the European Central Bank : Legal Arrangements and Practical Experiences*, *op. cit*., p. 148).

[41] Such notion should never amount to granting to parliament and government the possibility to steer or redirect any set line of action towards other goals, which, however sensible they may be in the short term, may not prove beneficial for the common good in the long one.

[42] For an analysis of the differences between the ECB and the decentralised community bodies, see C. Zilioli, M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Hart Publishing, 2001, p. 16 ff.

[43] This can be derived from the IMF *Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies,* at http ://www.imf.org/external/np/mae/mft/. This code of transparency practices for monetary and financial policies was developed by the IMF in co-operation with the BIS and in consultation with a representative group of central banks, financial agencies, other relevant international and regional organisations and selected academic experts, with a view to strengthening the international monetary and financial system. A *Declaration of Principles* was adopted by the Interim Committee (the predecessor of International Monetary and Financial

Committee) in 1999 and in a subsequent *communiqué* the Committee urged all members to implement the new code. The code contains a listing of principles related to transparency for monetary and financial policies that central banks and financial agencies should seek to achieve. In this regard, the code is further complemented by a *Supporting Document*, which provides a fuller description of each of the transparency practices of the code and their implementation. All the aforementioned documents can be consulted on the IMF web site at : http ://www.imf.org/external/np/mae/mft/. For an analysis of the code with specific regard to the financial agencies, see R. M. Lastra, H. Shams, *op. cit*., p. 13. The IMF code focuses more properly solely on central banks and financial agencies, but the rationale which can be induced can be extended to single purpose independent authorities too. For example, an environmental agency will have as objective environmental preservation, and this general target can be achieved in many ways, so that it is sometimes not easy to assess the consistency of the policy with the set target.

[44] In fact, as already mentioned, there is a greater risk that governments and parliaments, across the political spectrum, are unanimous in defining a monetary policy framework that is in conflict with the interests of the electorate for a solid economy ; this was exactly the reason to give independence to central banks.

[45] See F. Amtenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks*, *op. cit*., p. 55. See also R. M. Lastra, H. Shams, *Public Accountability in the Financial Sector*, *op. cit*., p. 172 (citing the Scott Report) : "The importance, if ministerial accountability is to be effective, of the provision of full and adequate information is, in my opinion, self evident, whether in answering parliamentary questions or in debate or to a select committee. Withholding information on the matter under review, it is not a full account, and the obligation to account for what has happened or for what is being done has prima facie not been discharged. Without the provision of full information it is not possible for parliament, or for that matter the public, to hold the executive fully to account" (HC 115 I, 1995-96 – original citation *in* H. Fenwick, G. Philipson, *Sourcebook on Public Law*, London, Cavendish, 1997).

[46] See R. M. Lastra, H. Shams, *Public Accountability in the Financial Sector*, *op. cit*., p. 171.

[47] See *Remarks by Vice Chairman Roger W. Ferguson, Jr.*, speech before the National Economists Club and Society of Government Economists, Washington, D.C., April 19, 2001 ; available on http ://www.federalreserve.gov/boarddocs/speeches/2001/20010419/default.htm.

[48] See R. M. Lastra, H. Shams, *Public Accountability in the Financial Sector*, *op. cit*., p. 171.

[49] See *Ibid*.

[50] *Ibid.*, p. 172 ; see also F. Amtenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks*, *op. cit*., p. 56.

[51] *Ibid.*

[52] See B. Winkler, "Which Kind of Transparency ? On the Need for Effective Communication in Monetary Policy-Making", *Ifo Studien*, *Zeitschrift für empirische Wirtschaftsforschung*, 48/3, 2002, p. 401-427, at p. 407, where the author makes the point, *inter alia*, that a thorough notion of transparency must not only be construed on the availability of information, but also depends on the effectiveness of communication, which requires *openness*, *clarity*, and a sufficient degree of *common understanding* between the central bank and the public. See also European Central Bank, *Transparency and Predictability in the Monetary Policy of the ECB*, Monthly Bulletin, November 2002, according to which three dimensions of transparency can be identified : *goal transparency*, *knowledge transparency* and *operational transparency*. The combination of these categories enables a central bank to provide in an open, clear and timely manner all relevant information about its objectives, assessments and policy decisions, as well as about its procedures to the markets and the general public : transparency is

consequently about the genuine understanding by the public of the entire process of monetary policy-making.

[53] At the moment, independence in the sense of the Treaty does not apply to the Bank of England, since the United Kingdom has negotiated for itself an exemption to this Article of the Treaty until it decides to join the third stage of economic and monetary union : see Article 5 of the *Protocol* annexed to the Treaty establishing the European Community *on certain provisions relating to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. However, even the United Kingdom has agreed to the principle of independence for the ECB and for the national central banks (NCBs), and will follow it when it will join the third stage of economic and monetary union.

[54] Article 108 EC : "When exercising the powers and carrying out the tasks and duties conferred upon them by this Treaty and the Statute of the ESCB, neither the ECB, nor a national central bank, nor any member of their decision-making bodies shall seek or take instructions from Community institutions or bodies, from any government of a Member State or from any other body. The Community institutions and bodies and the governments of the Member States undertake to respect this principle and not to seek to influence the members of the decision-making bodies of the ECB or of the national central banks in the performance of their tasks".

[54*bis*] There is widespread agreement among economists on the fact that the EU is not an optimal monetary area and that monetary union has been introduced for political, not economic, reasons. It can be argued therefore that another reason for the legislator to grant extensive independence to the ECB is to put a limit to the discretion of the political decision.

[55] See the European Monetary Institute *Convergence Report : Report required by Article 109j of the Treaty establishing the European Community*, available on http ://www.ecb.int/emi/pub/pdf/converg/english.pdf

[56] And again in 2001 the same criteria have been applied for the adoption of the euro by Greece.

[57] Article 121 EC.

[58] These rights were therefore eliminated by amending national legislation in 1998. The same amendments are being done now by the ten countries which will join the Union, presumably, in 2004.

[59] See J. De Haan, F. Amtebrink, *op. cit* ; see also P.A.B. de Sousa, *Independent and Accountable Central Banks and the European Central Bank*, European Integration online Papers (EioP), 5/9, 2001, available on http ://eiop.or.at/eiop/texte/2001-009a.htm ; W.H. Buiter, "Alice in Euroland", *JCMS*, 37/2, June 1999, p. 181-209 (see O. Issing, "The Eurosystem : Transparent and Accountable or 'Willem in Euroland'", *JCMS*, 37/3, September 1999, p. 503-519).

[60] The concentration of the criticism on the ECB is not only due to its visibility, but also to the fact that it has been established by the Treaty, therefore at a constitutional level, and that its legal basis cannot be changed easily. In fact a change is almost impossible, as the change would require an Intergovernmental Conference, and this fact is considered to give too much independence to the ECB (no *ex-ante* accountability).

[61] This seems to be confirmed by the fact that the parliaments of fifteen Member States have agreed, when ratifying the Treaty and (fourteen of them) amending their national laws, that the remaining instruments for the accountability of their central banks were fully satisfactory.

[62] For a valuable overview of the process leading to EMU see O. Issing, *The Euro – Four Weeks After the Start*, speech delivered to the European-Atlantic Group, House of Commons, London on 28 January 1999 ; available on http ://www.ecb.int/key/sp990128.htm

[63] The members of the Executive Board of the ECB, who are selected from among persons of recognised standing and professional experience in monetary or banking matters – thus

ensuring the technocratic dimension – are to be appointed by common accord of the Member States at the level of Heads of State or Government on a recommendation from the Council, after its consultation with the European Parliament and the Governing Council (Articles 112 (2) (b) EC and 11(2) ESCB). The Statute also provides for the dismissal of a member of the Executive Board who may no longer fulfil the conditions required for the performance of his duties or if he has been guilty of serious misconduct (Article 11.4 of the Statute). The dismissal procedure can only be activated from within, so as to insulate the Executive Board from any outside pressure, by means of a request to the European Court of Justice that may compulsorily retire the member involved.

[64] See above.

[65] Article 35 ESCB.

[66] Article 27(1) ESCB.

[67] Article 27(2) ESCB.

[68] This is different, for example, from the case of the Federal Reserve System where there is a choice between maximum employment, stable prices, and moderate long tern interests.

[69] Article 105 : "The primary objective of the ESCB shall be to maintain price stability. *Without prejudice to the objective of price stability, the ESCB shall support the general economic policies of the Community with a view to contributing to the achievement of the objectives of the Community as laid down in Article 2*" (emphasis added).

[70] See F. Amtenbrink, J. de Haan, *op. cit*., at p. 67. See also F. Amtenbrink, *On the Legitimacy and Democratic Accountability of the European Central Bank…*, *op. cit*.

[71] See also European Central Bank, *A Stability-Oriented Monetary Policy Strategy for the ESCB*, Press release, 13 October 1998, available on www.ecb.int.

[72] It should also be pointed out that the ECB remains open to comments and criticisms on its monetary strategy and is interested in a constant dialogue with both experts of monetary policy and the public at large. In this regard, after four years of practice, the ECB has recently announced its decision to come up, in the course of next year, with an evaluation, which may not necessarily lead to changes, of its two pillar strategy. This is the "Reflection on the Strategy", which has been announced in the ECB Press Conference held by the ECB President and Vice-President on 5 December 2002 (transcript available on www.ecb.int).

[73] By way of an example it is useful to remind how the Reserve Bank of New Zealand, which is certainly a fully accountable central bank and believed to have instrument independence, fails to achieve any real independence and is in fact subject to social and political control. Indeed, the quantification of its *sole* objective of price stability, rather than being left to the discretion and professional evaluation of the central bank itself, unfolds as the result of an agreement negotiated between the Treasurer and the Governor of the Reserve Bank of New Zealand, who signs it under his own responsibility and can be dismissed for not attaining it. The control of the Government is such that the latter may even exercise, under special circumstances, a right of override with regard to the central bank and compel the latter to temporarily pursue economic objectives considered of the essence. For a seminal description of the features of the Reserve Bank of New Zealand, see G. E. Wood, *Central Bank Independence in New Zealand : analytical, empirical and institutional aspects*, in *Central Bank Independence and Accountability*, Centro di Economia Monetaria e Finanziaria "Paolo Baffi" ed., Milano, Quaderni, nº 86, 1994. See also M. A. Orriols Salles, "El Banco Central de Nueva Zelanda : Un Modelo Singular entre la Autonomia y la Corresponsabilidad Gubernamental", *Rivista de Derecho bancario y bursatil*, Julio-Septiembre 2001, p. 119-138. The reference to social and political control is a citation from Prof. L.E.O. Svensson Report to the New Zealand Ministry of Finance (see dedicated website on www.treasury.govt.nz/monpolreview). For an interesting discussion, in a comparative perspective, of the recommendation of the Svensson Report to

create a Monetary Policy Committee, as opposed to leaving responsibility for monetary policy with the Governor alone, see B. Robertson, "Governance Issues under the Reserve Bank Acts of Australia and New Zealand, Part III : What Are the Implications of the Svensson Report ?", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, October 2002, p. 349-355.

[74] It should be recalled that the national statistical institutes together with Eurostat (Commission) are responsible for HICP statistics. This division of responsibilities underlines the limits of independence and the needs for interaction and cooperation among specialised bodies in a very telling way.

[75] See the Final Report on Simplification by the Working Group IX of the European Convention (CONV 424/02) ; available on http ://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/cv00/00424en2.pdf ; for more information on the working groups of the European Convention see : http ://european-convention.eu.int

[76] See the Final Report of the Working Group IX on Simplification, *op. cit*., p. 12-13.

[77] Article 113 (4) EC. In particular, the annual presentation by the President of the ECB to the European Parliament and the subsequent debate have become milestones in the interinstitutional dialogue. For an in-depth description of the extent of such dialogue see European Central Bank, "The ECB's Relations with Institutions and Bodies of the European Community", *Monthly Bulletin*, October 2000, p. 49-64.

[78] Article 113 (5) EC. This happens regularly : as a rule the President of the ECB reports four times a year to the Committee on Economic and Monetary Affairs of the European Parliament on the ECB's monetary policy and related issues. These presentations are followed by an open discussion with the members of the Committee on a variety of issues. Other members of the Executive Board of the ECB may also report to the Committee on Economic and Monetary Affairs. See European Central Bank, *The ECB's Relations with Institutions and Bodies of the European Community*, *op. cit*., at p. 54. See F. Amtenbrink, *On the Legitimacy and Democratic Accountability of the European Central Bank…*, *op. cit*., at p. 162 : "All things considered, the ECB (…) has to be given credit for the constructive way in which it has interpreted its obligation under the EC Treaty to appear before the European Parliament".

[79] Article 113 (3) EC. Normally, the President participates in the Ecofin Council and is always invited to attend the Eurogroup, the informal meeting of the finance ministrers of the Member States of the euro area.

[80] Article 113 (1) EC ; the participation of the Commissioner for economic and monetary affairs to the Governing Council meetings is an established practice.

[81] Article 113 (2) EC.

[82] Rules of Procedure of the European Parliament, Chapter VI, Rule 36.

[83] See Articles 11.4 and 14.2 ESCB.

[84] See European Central Bank, *The ECB's Relations with Institutions and Bodies of the European Community*, *op. cit*., at p. 53.

[85] Article 113 (1) EC.

[86] See F. Amtenbrink, J. de Haan, *op. cit*., p. 72.

[87] Article 105 (1) EC.

[88] See F. Amtenbrink, J. de Haan, *op. cit*., at p. 65.

[89] See *Ibid*., at p. 66.

[90] See G. Majone, "Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance : A Political Transaction-Cost Approach", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 157, 2001, p. 57-78., in particular at p. 69 : "Indeed, there is general agreement today that the core legal and economic concept of agency implies a relationship in which the principal retains the power to control and direct the activities of the agent. It follows that delegation of powers to an administrative agent will not in general be sufficient to resolve the government's time-

inconsistency problem. Only an independent delegate, not subject to the power of direction of the delegating authority, can provide credibility to long term policy commitments".

[91] See on the direct transfer of power from the Member State to the ECB, C. Zilioli, M. Selmayr, *op. cit*., p. 9-20 and fn. 100 and 101.

[92] On the impossibility to qualify the relationship between the ECB and the Community as a principal\agent relationship, see C. Zilioli, M. Selmayr, *op. cit*., p. 26 ff.

[93] Or, if the Commission submits a proposal, to be consulted.

[94] Article 107 (5) EC and 10.6.

[95] Article 107 (6) EC.

[96] Article 111 EC.

[97] Article 105 (4) states:

"The ECB shall be consulted:

– on any proposed Community act in its fields of competence;
– by national authorities regarding any draft legislative provision in its fields of competence, but within the limits and under the conditions set out by the Council in accordance with the procedure laid down in Article 107(6) (...)".

[98] The effective participation of the various Community institutions and bodies in the legislative process of the Community, in accordance with the procedures laid down by the Treaty, represents an essential element in the institutional balance intended by the Treaty. See *inter alia,* Case 138/79, *Roquettes Frères v. Council*, *ECR*, 1980, p. 3333; Case C-21/94 *Parliament v. Council*, *ECR*, 1995, p. I-1827 at par. 17 and the case-law cited therein. In the context of the ECSC Treaty, see, *inter alia,* Case 1/54, *France v. High Authority*, *ECR*, 1954-56, p. 15; Case 2/54, *Italy v. High Authority*, *ECR*, 1954-56, p. 52.

[99] For instance, in the context of Regulation 2950/83 of 17 October 1983 on implementation of Council Decision 83/516, *OJEC*, n° L 289, p. 1, on the tasks of the European Social Fund, the Commission may suspend reduce or withdraw the aid awarded under the Fund after having given the relevant Member State an opportunity to comment. The Court of First Instance has considered that "the opportunity for the relevant Member state to comment before a definitive decision is taken to reduce assistance (…) is an essential procedural requirement the disregard of which renders the decision void", Joined Cases T-432 to 434/93, *Socurte and others v. Commission*, *ECR*, 1995, p. II-503, at par. 65 and the case-law cited therein. Furthermore "the submission by the relevant Member State of its comments prior to a decision reducing Fund assistance must therefore, as an essential procedural requirement, both precede the decision and be established with a sufficient degree of certainty and clarity, which precludes any proof by presumption". See also paragraph 66.

[100] In an early case, the Commission had argued that non-respect of a consultative procedure established by an internal decision of the institution (in the case an internal memorandum of a director general concerning recruiting procedures) could not be regarded as a breach of an essential procedural requirement. The ECJ dismissed the argument and held that "when, by a decision of an internal nature, the appointing authority voluntarily institutes a compulsory consultative procedure which is not prescribed by the Staff Regulations, it is obliged to abide by such a procedure, which cannot be regarded as lacking any legal validity", Case 282/81, *Ragusa v. Commission*, *ECR*, 1983, p. 1245 at par. 17-18.

[101] See J. de Haan, F. Amtenbrink, "The European Central Bank. An independent Specialized Organization of Community Law. A Comment", *CML Rev.*, 39/1, February 2002, p. 65-76.

Liste des auteurs

Baquero Cruz, Julio, référendaire, Court of Justice of the European Communities.

Baroncelli, Stefania, Associate Professor of Public Law, University of Bolzano, Italy.

Begg, Iain, Visiting Professor, London School of Economics and Political Science.

Bourgeois, Jacques H. J., Lawyer, Partner of Akin Gump Strauss Hauer & Feld (Brussels), Professor at the College of Europe (Bruges).

Bribosia, Emmanuelle, première assistante à l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles.

Cafaro, Susanna, chercheuse en droit international, chargée de cours à l'Université de Lecce, Italie.

Dassesse, Marc, professeur à l'Université libre de Bruxelles.

de Lhoneux, Etienne, secrétaire général de la Banque centrale du Luxembourg.

de Schoutheete, Philippe, ambassadeur honoraire, professeur à l'Université catholique de Louvain.

de Vasconcelos, Álvaro, Director, Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais (Lisboa).

Dehousse, Franklin, professeur à l'Université de Liège, président de l'Institut royal des relations internationales.

Dehousse, Renaud, professeur à l'Institut d'études politiques de Paris, chaire Jean Monnet.

Devos, Diego, Director, Legal Division, Euroclear Bank.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, professeur de Droit international public et privé d'Université, membre de l'Institut de Droit international, ancien juge de la CJCE et de la Cour constitutionnelle d'Espagne.

DONY, Marianne, directeur des recherches juridiques à l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, professeur à l'Université libre de Bruxelles.

DUFF, Andrew, Member of the European Parliament for the East of England, leader of European Liberal, Democrat and Reform caucus in the Convention on the Future of Europe. European Parliament's Rapporteur on the Charter of Fundamental Rights.

FLAESCH-MOUGIN, Catherine, directrice du Centre de recherches européennes de Rennes I (Institut de l'Ouest : droit et Europe, UMR-CNRS 6050), coordinatrice du Pôle européen Jean Monnet.

FRANCK, Christian, professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain, Institut d'études européennes, secrétaire général de Trans European Policy Studies Association.

FRANGAKIS, Nikos, Advocate, Member of the Athens Bar, Director of EKEME.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, professeur à l'Université Complutense, Madrid.

GAUTRON, Jean-Claude, professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Chaire Jean Monnet.

JACKSON, John H., University Professor of Law, Georgetown University Law Center, and Director, Institute of International Economic Law at GULC.

JACQUÉ, Jean Paul, directeur au Service juridique du Conseil de l'Union européenne, professeur des Universités.

KADDOUS, Christine, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

KRAVARITOU, Yota, professeur à l'Université Aristote de Thessaloniki.

LENAERTS, Koen, juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes, professeur de droit européen à l'Université de Leuven.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., professeur de Droit international, chaire J. Monnet, Université de Granada.

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, professeur de droit international public à l'Université de Cantabria et ancien référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes.

MAGNETTE, Paul, directeur de l'Institut d'études européennes et professeur à l'Université libre de Bruxelles et à l'IEP de Paris.

MANGAS MARTIN, Araceli, professeur de Droit international public de l'Université de Salamanca.

MATTERA, Alfonso, directeur général adjoint du Marché intérieur, Commission européenne, professeur au Collège d'Europe de Bruges et à l'Université « LUISS – G. Carli » de Rome.

MAURER, Andreas, Senior Research Associate, Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin. Jean-Monnet Lecturer, University of Osnabrück.

MONAR, Jörg, Professor of Contemporary European Studies, Jean Monnet Chair and Co-Director of the Sussex European Institute, University of Sussex.

OLIVER, Peter, conseiller juridique à la Commission européenne.

PHILIPPART, Eric, chercheur qualifié au Fonds national de la recherche scientifique (FNRS), chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles et professeur au Collège d'Europe (Bruges), Senior Associate Fellow au Centre for European Policy Studies (CEPS).

PINDER, John, Chairman of the Federal Trust for Education and Research, London (UK).

RADICATI DI BROZOLO, Luca G., Professor at the Faculty of Law, Catholic University of Milan.

RAUX, Jean, professeur émérite à l'Université de Rennes I, Pôle européen Jean Monnet (UMR-CNRS).

REMACLE, Eric, professeur à l'Université libre de Bruxelles, directeur du Pôle Bernheim d'études sur la paix et la citoyenneté.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, président de la Cour de justice des Communautés européennes.

ROLDÁN BARBERO, Javier, professeur de Droit international public, chaire Jean Monnet de Droit communautaire européen, Université d'Almeria.

SÁINZ DE VICUÑA, Antonio, General Counsel of the European Central Bank (ECB).

SMITS, Catherine, assistante de recherches à l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles.

SMITS, René, Directeur Juridische Dienst, Nederlandse Mededingingsautoriteit, Director, Legal Department, Netherlands Competition Authority, Jean Monnet Professor of the Law of the Economic and Monetary Union, Universiteit van Amsterdam.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel, professeur de Droit international public, chaire Jean Monnet de Droit communautaire, directeur de l'Institut universitaire d'études européennes « Salvador de Madariaga » de l'Université de la Corogne (Espagne).

SOLDATOS, Panayotis, professeur titulaire au département de Sciences politiques de l'Université de Montréal, professeur invité à la faculté de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3.

SOUSI, Blanche, professeur à l'Université Lyon 3, chaire Jean Monnet Droit bancaire et monétaire européen.

TAGARAS, Haris, professeur à l'Université Panteios d'Athènes, chaire Jean Monnet en Droit de l'Union européenne.

TELÒ, Mario, directeur des recherches politiques de l'Institut d'études européennes, professeur à l'Université libre de Bruxelles.

TIZZANO, Antonio, avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes.

TOULEMON, Robert, président de l'Association française d'études pour l'Union européenne, directeur général honoraire à la Commission européenne.

USHER, John A., Director of the Edimburgh Europea Institute, University of Edimburgh, Salvesen Professor of European Institutions and Honorary Jean Monnet Professor of European Law.

VAN RAEPENBUSCH, Sean, référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Liège.

VANDAMME, Jacques, professeur extraordinaire émérite de la Katholieke Universiteit Leuven, président honoraire du Groupe d'Etudes politiques européennes.

VANDERSANDEN, Georges, avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, professeur à l'Université libre de Bruxelles.

VIGNERON, Philippe, inspecteur général (Banque nationale de Belgique), conseiller financier à la Représentation permanente de la Belgique auprès de l'Union européenne, maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

WAELBROECK, Denis, avocat au barreau de Bruxelles, professeur à l'Université libre de Bruxelles.

WAELBROECK, Michel, avocat honoraire et professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

WESSELS, Wolfgang, professeur Jean Monnet à l'Université de Cologne.

WEYEMBERGH, Anne, assistante de recherches à l'Institut d'études européennes et chercheuse associée au Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles.

ZILIOLI, Chiara, Deputy General Counsel of the European Central Bank.

Liste des abréviations

ACP	Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (signataires de la convention de Lomé)
AELE	Association économique de libre échange
AFL-CIO	American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization
AJDA	Actualité juridique. Droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
APC	Accord de partenariat et de coopération
APEC	Coopération économique des pays d'Asie-Pacifique
APER	Accord de partenariat économique régionalisé
ASEAN	Association of South-East Asian Nations
BCE	Banque centrale européenne
BCN	Banque centrale nationale
BIC	Bank Identifier Code
BIS	Bank for International Settlements
BMA/ISMA	Bonds Market Association/International Securities Market Association
BRI	Banque des règlements internationaux
BSC	Banking Supervision Committee
Bull. CE	Bulletin des Communautés européennes
Bull. UE	Bulletin de l'Union européenne
B Verf GE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

CARICOM	Association de libre commerce des Caraïbes
CATS	Comité de l'article 36
CC	Cour constitutionnelle
CCA	Cadre communautaire d'appui
CCG	Conseil de coopération du Golfe
CD	Certificate of deposit
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté européenne
CEAO	Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDEAO	Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique Euratom
CEI	Communauté des Etats indépendants
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
CESR	Committee of European Securities Regulators
CFI	Court of First Instance
CFSP	Common Foreign and Security Policy
CIG	Conférence intergouvernementale
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CML Rev.	Common Market Law Review
COARM	Groupe « Coopération en matière d'armement » (au sein du Conseil de l'Union européenne)
COPS	Comité politique et de sécurité
Coreper	Comité des représentants permanents
COSAC	Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires
COTER	Counter-terrorism working party (Council of the EU)
CP	Commercial paper
CPE	Coopération politique européenne
CSD	Central Securities Depository
DOM	Départements d'outre-mer
Dr. et Patr.	Droit et patrimoine
D-SACEUR	Deputy SACEUR (adjoint du commandant suprême allié en Europe)
DTS	Droits de tirage spéciaux
EAC	East Africa Co-operation
EC	European Community
ECB	European Central Bank
ECHR	European Convention of Human Rights
ECJ	European Court of Justice

Ecofin	(Conseil) Economie et finance
ECOMOG	Economic Community Monitoring Group
ECP	Euro-commercial paper
ECR	European Court Reports
ECU	European Currency Unit
EDD	Group for a Europe of Democracies and Diversities
EEC	European Economic Community
EEE	Espace économique européen
ECHR	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
EIB	European Investment Bank
EJIL	European Journal of International Law
ELDR	Parti européen des libéraux, démocrates et réformateurs
ELR	European Law Review
EMCF	European Monetary Co-operation Fund
EMI	Euopean Monetary Institute
EMS	European Monetary System
EMU	Economic and Monetary Union
EP	European Parliament
EPP	European People's Party
ERM	Exchange Rate Mechanism
ESB	Encéphalopathie spongiforme bovine
ESC	European Securities Committee
ESCB	European System of Central Banks
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
EU	European Union
Eu GRZ	Europaïsche Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
Euratom	Communauté européenne de l'énergie atomique
Eur. L.	European Law Reporter
EUSA Review	European Union Studies Association Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäische Wirtschafts- & Steuerrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAO	Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (Food and Agriculture Organisation of the United Nations)
FBI	Federal Bureau of Investigation
FED	Fonds européen de développement
FEDER	Fonds européen de développement régional
FEOGA	Fonds européen d'orientation et de garantie agricole
FIDE	Fédération internationale de droit européen
FMI	Fonds monétaire international

FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
Franc CFA	Franc de la coopération financière en Afrique et franc de la communauté financière africaine
Franc CFP	Franc de la Communauté financière du Pacifique
FRF	Franc français
FSAP	Financial Services Action Plan
FSE	Fonds social européen
G7	Groupe des sept pays les plus industrialisés
G8	Groupe des sept pays les plus industrialisés plus l'URSS
G10	Group of Ten Countries
G20	Groupe des vingt
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreement on Trade on Services
GDP	Gross Domestic Product
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
GMRA	Global Master Repurchase Agreement
GOPE	Grandes orientations de la politique économique des Etats membre et de la Communauté
GUE	Gauche unitaire européenne
HCR	Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés
IBAN	International Banking Account Number
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSD	International Central Securities Depository
IESD	Identité européenne de sécurité et de défense
IFOP	Instrument financier d'orientation de la pêche
IFOR	Implementation Force (en Bosnie-Herzégovine)
IGN	Intergovernmental Conference
IIMG	Inter-institutional Monitoring Group
IMF	International Monetary Fund
Int. Fam. Law	International Family Law
IPMA	International Primary Market Association
IPRax	Praxis der internationalen Privat- und Verfahrensrecht
ISAF	International Stabilization and Assistance Force (en Afghanistan)
ISDA	International and Derivative Association, Inc.
ITO	International Trade Organization
JAI	Justice et affaires intérieures
JCMS	Journal of Common Market Studies
JCP	Juris-Classeur périodique. La semaine juridique
JDI	Journal de droit international
JHA	Justice and Home Affairs

JIEL	Journal of International Economic Law
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JT	Journal des tribunaux
JTDE	Journal des tribunaux. Droit européen
JWT	Journal of World Trade
KFOR	Kososo Force
LCH	London Clearing House
LIFFE	London International Financial Futures and Options Exchange
LPA	Les Petites Affiches
Maa. JCL	Maastricht Journal of Comparative Law
MB	Moniteur belge
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MEDA	Mesures d'accompagnement financières et techniques à la réforme des structures économiques et sociales dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen
MEP	Member of the European Parliament
Mercosul	Marché commun du sud (Mercado Común del Sul)
Mercosur	Marché commun du sud
Mich J Int'L.	Michigan Journal of International Law
MIF	Multilateral Interbank Fee
MLR	The Modern Law Review
MOC	Méthode ouverte de coordination
MOU	Memorandum of understanding
MP	Member of the Parliament
MPC	Monetary Policy Committee
MTN	Medium-term note
NASDAQ	National Association of Securities Dealers Automated Quotations
NATO	North-Atlantic Treaty Organisation
NCB	National Central Bank
NEI	Nouveaux Etats indépendants
NGO	Non Governmental Organisation
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NoB	Nomiko Vima
NTB	Non-tariff Barrier
OCCAR	Office commun de coopération en matière d'armement
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OCMB	Organisation commune des marches de la banane
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development

OIT	Organisation internationale du travail
ÖJ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLAF	Office de lutte antifraude
OMC	Open Method of Co-ordination
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
OTC	Over-the-Counter
PAC	Politique agricole commune
PCTF	Police Chiefs Task Forces
PDC	Politique de défense commune
PECO	Pays d'Europe centrale et orientale
PEM	Partenariat euro-méditerranéen
PES	Party of European Socialists
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PESD	Politique européenne de sécurité et de défense
PESDC	Politique européenne de sécurité et de défense commune
PIB	Produit intérieur brut
PMA	Pays les moins avancés
POLARM	Groupe « Politiques d'armement » (au sein du Conseil de l'Union européenne)
PPE	Parti populaire européen
PRIMA	Place of the Relevant InterMediary Approach
PTOM	Pays et territoires d'outre-mer
QMV	Qualified Majority Vote
Rabels Z.	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAE	Revue des affaires européennes
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RCJB	Revue critique de jurisprudence belge
RDE	Revue de droit des étrangers
RDUE	Revue de droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rev. crit. jur. belge	Revue critique de jurisprudence belge
Rev. trim. dr. fam.	Revue trimestrielle de droit familial
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public

RHDH	Revue hellénique des droits de l'homme
RHellDE	Revue hellénique de droit européen
RIDE	Revue internationale de droit économique
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
RMC	Revue du marché commun
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RMUE	Revue du marché unique européen
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
SADC	Southern African Development Community
SEBC	Système européen de banques centrales
SEC	Securities and Exchange Commission
SEE	Stratégie européenne de l'emploi
SEW	Sociaal economische Wetgeving
SFD	Directive on settlement finality in payment and securities settlement systems
SFOR	Stabilization Force (en Bosnie-Herzégovine)
SIS	Système d'information Schengen
SIS	Schengen Information System
SPG	Système des préférences généralisées
SRO	Self-regulatory Organisation
Stabex	Système de stabilisation des recettes d'exportation
STE	Série des traités européens
Sysmin	Système d'aide aux produits miniers
TAC	Total admissible des captures
TARGET	Trans-European Automated Real-time Gross settlement European Transfer system (système de transfert express automatisé transeuropéen à règlement brut en temps réel)
TC	Tribunal constitutionnel
TEC	Treaty establishing the European Community
TEU	Treaty on European Union
TOM	Territoires d'outre-mer
TPA	Trade Promotion Authority
Trav. com. fr . d. i. p.	Travaux du comité français de droit international privé
TREVI	Terrorisme, radicalisme et violence internationale
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UCITS	Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities
UDEAC-CEMAC	Union douanière des Etats d'Afrique centrale – Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale

UE	Union européenne
UEM	Union économique et monétaire
UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine
UEN	Union pour l'Europe des nations
UEO	Union de l'Europe occidentale
UfR	Ugeskrift for Retsvaesen
UK	United Kingdom
ULR/RDU	Uniform Law Review/Revue de droit uniforme
UMA	Union du Maghreb arabe
UN	United Nations
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
US	United States
VAT	Value added tax
VIS	Visa Information System
WTO	World Trade Organisation
WUD	Directive on the reorganization and winding-up of credit institutions.
Yearb. PIL	Yearbook of Private International Law
YEL	Yearbook of European Law
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRvgl	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques
ZSR/RDS	Revue du droit suisse

Volume II

Avant-propos
Jean-Jacques REY et Michel WAELBROECK 7
Notice biographique et bibliographique 11

DEUXIÈME PARTIE
Les relations extérieures

The EC 's Trade Policy Powers after Nice : Painting Oneself in a Corner?
Jacques H. J. BOURGEOIS 29
L'Union européenne et la régionalisation du système international
Alvaro DE VASCONCELOS 39
L'Union européenne élargie en tant qu'acteur sur la scène internationale
Quelques réflexions institutionnelles
Catherine FLAESCH-MOUGIN 59
De Lomé à Cotonou : rupture et continuité conventionnelles
Jean-Claude GAUTRON 79
The European Union and the WTO. Some Constitutional Tensions
John H. JACKSON 93
Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire:
développements récents
Christine KADDOUS 107
Le discours juridique et l'évolution de la politique extérieure
et de sécurité commune
Diego J. LIÑAN NOGUERAS 127
La cohérence, principe d'action du partenariat ACP/CE - Etats membres
Jean RAUX 137
Vers des coopérations renforcées dans la politique européenne
de sécurité et de défense ?
Eric REMACLE 155
Les relations extérieures de l'Union européenne : quelques faiblesses
et incertitudes juridiques
Javier ROLDAN BARBERO 173

TROISIÈME PARTIE
L'Union économique et monétaire

EMU : Consolidating and Extending the Policy System
Iain BEGG 191

La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen
Susanna CAFARO 203

Financial Services in the E-commerce Age : towards a Regulatory Shamble?
Marc DASSESSE 223

Du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne
Etienne DE LHONEUX 239

The Directive 2002/47/EC on Financial Collateral Arrangements of June 6, 2002
Diego DEVOS 259

La politique de taux de change de l'euro vis-à-vis des monnaies de pays tiers
Manuel LOPEZ ESCUDERO 281

Economic Rights and Freedoms : Whereto Europe ?
Luca G. RADICATI DI BROZOLO 301

Legal Aspects of European Capital Markets Integration
Antonio SAINZ DE VICUÑA 309

Four Aspects of a Single Currency
A View of the Euro as Sole Legal Tender
René SMITS 325

Un marché, une monnaie, un espace de paiement
Blanche SOUSI 349

Legal Consequences of Non-Participation in the Euro :
A View from the United Kingdom
John A. USHER 357

Instaurer une coopération renforcée pour l'Eurogroupe?
Philippe VIGNERON 377

Accountability and Independence : Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy ?The Specific Case of the European Central Bank
Chiara ZILIOLI 395

Liste des auteurs 423

Liste des abréviations 427

Liste des souscripteurs 435

Table des matières 439

Règles d'utilisation de copies numériques d'oeuvres littéraires publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles et mises à disposition par les Bibliothèques de l'ULB

L'usage des copies numériques d'œuvres littéraires, ci-après dénommées « copies numériques », publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles, ci-après dénommées EUB, et mises à disposition par les Bibliothèques de l'ULB, implique un certain nombre de règles de bonne conduite, précisées ici. Celui-ci est reproduit sur la dernière page de chaque copie numérique publiée par les EUB et mise en ligne par les Bibliothèques; il s'articule selon les trois axes protection, utilisation et reproduction.

Protection

1. Droits d'auteur

La première page de chaque copie numérique indique les droits d'auteur d'application sur l'œuvre littéraire.
La mise à disposition par les Bibliothèques de l'ULB de la copie numérique a fait l'objet d'un accord avec les EUB, notamment concernant les règles d'utilisation précisées ici.
Pour les oeuvres soumises à la législation belge en matière de droit d'auteur, les EUB auront pris le soin de conclure un accord avec leurs ayant droits afin de permettre la mise en ligne des copies numériques.

2. Responsabilité

Malgré les efforts consentis pour garantir les meilleures qualité et accessibilité des copies numériques, certaines défectuosités peuvent y subsister – telles, mais non limitées à, des incomplétudes, des erreurs dans les fichiers, un défaut empêchant l'accès au document, etc. -.
Les EUB et les Bibliothèques de l'ULB déclinent toute responsabilité concernant les dommages, coûts et dépenses, y compris des honoraires légaux, entraînés par l'accès et/ou l'utilisation des copies numériques. De plus, les EUB et les Bibliothèques de l'ULB ne pourront être mis en cause dans l'exploitation subséquente des copies numériques ; et la dénomination des EUB et des 'Bibliothèques de l'ULB', ne pourra être ni utilisée, ni ternie, au prétexte d'utiliser des copies numériques mises à disposition par eux.

3. Localisation

Chaque copie numérique dispose d'un URL (uniform resource locator) stable de la forme <http://digistore.bib.ulb.ac.be/*annee*/*nom_du_fichier*.pdf> qui permet d'accéder au document ; l'adresse physique ou logique des fichiers étant elle sujette à modifications sans préavis. Les bibliothèques de l'ULB encouragent les utilisateurs à utiliser cet URL lorsqu'ils souhaitent faire référence à une copie numérique.

Utilisation

4. Gratuité

Les EUB et les Bibliothèques de l'ULB mettent gratuitement à la disposition du public les copies numériques d'œuvres littéraires dont les exemplaires imprimés sont épuisés : aucune rémunération ne peut être réclamée par des tiers ni pour leur consultation, ni au prétexte du droit d'auteur.

5. Buts poursuivis

Les copies numériques peuvent être utilisés à des fins de recherche, d'enseignement ou à usage privé. Quiconque souhaitant utiliser les copies numériques à d'autres fins et/ou les distribuer contre rémunération est tenu d'en demander l'autorisation aux EUB, en joignant à sa requête, l'auteur, le titre, et l'éditeur du (ou des) document(s) concerné(s).
Demande à adresser aux Editions de l'Université de Bruxelles (EDITIONS@admin.ulb.ac.be).

6. Citation

Pour toutes les utilisations autorisées, l'usager s'engage à citer dans son travail, les documents utilisés, par la mention « Université Libre de Bruxelles – Editions de l'Université de Bruxelles et Bibliothèques » accompagnée des précisions indispensables à l'identification des documents (auteur, titre, date et lieu d'édition).

7. Liens profonds

Les liens profonds, donnant directement accès à une copie numérique particulière, sont autorisés si les conditions suivantes sont respectées :

1. les sites pointant vers ces documents doivent clairement informer leurs utilisateurs qu'ils y ont accès via le site web des bibliothèques de l'ULB ;
2. l'utilisateur, cliquant un de ces liens profonds, devra voir le document s'ouvrir dans une nouvelle fenêtre ; cette action pourra être accompagnée de l'avertissement 'Vous accédez à un document du site web des bibliothèques de l'ULB'.

Reproduction

8. Sous format électronique

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement le téléchargement, la copie et le stockage des copies numériques sont permis ; à l'exception du dépôt dans une autre base de données, qui est interdit.

9. Sur support papier

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement les fac-similés exacts, les impressions et les photocopies, ainsi que le copié/collé (lorsque le document est au format texte) sont permis.

10. Références

Quel que soit le support de reproduction, la suppression des références aux EUB et aux Bibliothèques de l'ULB dans les copies numériques est interdite.