

Prof. Koen LENAERTS,
Vice-President of the Court of Justice of the European Union
George ARESTIS,
Judge at the Court of Justice of the European Union
Prof. Jean Paul JACQUÉ,
Directeur général honoraire du Service juridique du Conseil de l'UE
Prof. Florence BENOIT-ROHMER,
Secretary General of the European Inter-University Centre
for Human Rights and Democratisation
prof. Joel RIDEAU,
Professeur émérite à l'Université de Nice « Sophia-Antipolis »
prof. Jean-Denis MOUTON,
ancien Directeur du Centre européen universitaire de Nancy
prof. Laurence POTVIN-SOULIS,
Université de Caen Basse-Normandie
доц. д.ю.н. Атанас СЕМОВ,
Носител на Катедра „Жан Моне“ на ЕС, ЮФ на СУ

ЛЕКЦИИ **на Международната магистърска програма** **ПРАВО НА ЕС**

Том III. Основни права и недискриминация

COURS
du Master international
Droit de l'Union européenne

Volume III.
Droits fondamentaux et non-discrimination

София 2014

Sofia 2014

Koen LENAERTS
George ARESTIS
Jean Paul JACQUÉ
Florence BENOIT-ROHMER
Joel RIDEAU
prof. Jean-Denis MOUTON
Laurence POTVIN-SOULIS
Атанас СЕМОВ

ЛЕКЦИИ

на Международната магистърска програма
ПРАВО НА ЕС

Том III. Основни права и недискриминация

COURS

du Master international

DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Volume III. Droits fondamentaux et non-discrimination

Първо издание

Съставителство и научна редакция *Атанас Семов*

ISBN 978-954-07-

Център за продължаващо обучение

Юридически факултет

на Софийския университет „Свети Климент Охридски“

Университетско издателство „Св. Климент Охридски“

Prof. Koen LENAERTS, George ARESTIS
Prof. Jean Paul JACQUÉ, Prof. Florence BENOIT-ROHMER
prof. Joel RIDEAU, prof. Jean-Denis MOUTON
prof. Laurence POTVIN-SOULIS, доц. д.ю.н. Атанас СЕМОВ

ЛЕКЦИИ
на Международната магистърска
програма
ПРАВО НА ЕС

Том III. Основни права и
недискриминация

COURS
du Master international
DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Volume III.
Droits fondamentaux
et non-discrimination

Sous la direction de prof. Atanas Semov,
Docteur des sciences juridiques,
Chaire Jean Monnet
pour le système judiciaire de l'Union européenne

*Този том се посвещава на
25-годишнината от създаването на Общия съд на ЕС.*

I. ТЪРЖЕСТВЕНИ ЦЕРЕМОНИИ

Софийски университет „Свети Климент Охридски“
Юридически факултет
Международна магистърска програма „Право на Европейския съюз“
под патронажа на Министър-председателя на Република България
и Посланика на Френската република в България

Откриване на академичната 2013 – 2014 година
9 октомври 2013 г., Аула на Софийския университет

**Коридорите на Софийския университет са
булеварди на знанието и магистрали на духа!**

*Встъпителни думи на доц. д.ю.н. Атанас СЕМОВ,
Носител на Катедра „Жан Моне“ на ЕС,
Ръководител на Международната магистърска програма*

Уважаеми г-н Ректор на Софийския университет,
Ваше превъзходителство г-н Лапер дьо Кабан, Посланик
на Френската република,

Уважаеми г-н Директор на Европейския университетски
център в Нанси, проф. Етиен Крики,

Уважаеми г-н Директор на Френския институт в София,
г-н Гийом Робер,

Уважаема г-жо Михайлова, Директор на Дипломатиче-
ския институт,

Уважаеми г-н Йорданов, Директор на Националния ин-
ститут на правосъдието,

Уважаеми госпожи и господа професори,

Високоуважаеми гости,

Скъпи магистранти!

Всяка година на тази тържествена церемония говоря за
една **мечта**. Днес тази мечта е реалност – дипломира се се-

дмият випуск и започва осмата учебна година на Международната магистърска програма „Право на ЕС“ в Софийския университет „Свети Климент Охридски“!

И ние отдавна не мечтаем тя да се **осъществи**. Програмата стана факт благодарение на подкрепата на ректорите проф. Боян Биолчев и чл.-кор. проф. Иван Илчев, на които сме дълбоко признателни! Тя беше невъзможна без решаващата подкрепа и активната работа на деканите проф. Димитър Токушев, проф. Тенчо Колев и сегашния декан проф. Сашо Пенев!

Вече не мечтаем програмата да получи **най-висок патронаж**, тъй като от самото начало своята подкрепа безусловно оказват вече четирима министър-председатели на Република България: д-р Сергей Станишев, д-р Бойко Борисов, г-н Марин Райков и доц. д-р Пламен Орешарски! Независимо от политическите страсти и дори конфликти, независимо от моментните трудности и условности. Защото знаят, че тази програма е ключов инструмент за постигането на така необходимия на страната ни висок административен и съдебен капацитет!

Вече не е мечта и патронажът на **френския посланик** – защото последователно и неотклонно четирима посланици на великата френска държава ни дават своята категорична подкрепа: техни превъзходителства Ив Сен-Жур, Етиен дьо Понсен, Филип Отие и днес Лапер дьо Кабан, на когото сърдечно благодаря, че е сред нас в първата си публична изява като посланик в България!

Защото тази подкрепа е знакова – френската школа е най-силната школа по европейско право. Френските лектори са най-добрите лектори. И френските учебници са най-полезните!...

Затова положихме огромни усилия – и вече не е мечта, а горд факт – че в **лекторския екип** на нашата магистърска програма участват може би най-безспорните авторитети в доктрината по Право на ЕС: знаменитите професори Жан-Пол Жаке от Страсбург и Брюксел, Жан-Клод Готрон от Бордо, Жоел Ридо от Ница, Флоранс Беноа-Ромер от Страсбург и Венеция, акад. Мариан Дони от Брюксел, Мари-Франс Кристоф-Чакалов от Париж, Етиен Крики и Жан-Дени Мутон от Нанси и още, и още!

Редом с тях лекции в програмата ежегодно изнасят съдии и референти от Съда на ЕС – сред които дори председателите и заместник-председателите на Съда и на Общия съд на ЕС, експерти от Европейската комисия и Европейския парламент, депутати от 4 национални парламента от Европа и Америка!

И затова ще си позволя да го кажа ясно: по своя преподавателски екип нашата програма в Европа е **превъзходана може би само от Колежа на Европа в Брюж!**

Всички тези бляскави имена дадоха на програмата не само престиж и тежест – те ѝ дадоха академична възвисеност, научна задълбоченост и духовно богатство, което завинаги зарази нашите магистранти със светлата европейска идея и с непоколебимата убеденост в непобедимата сила на знанието!

Вече е широко известно: нашата програма дава на успешно завършилите **две дипломи** – българска и френска! Но малцина идват заради самите дипломи – колкото и престижна да са те. За тези 7 години програмата окрили със знания и умения над 400 български юристи, международници и европеисти – а 12 от тях след това станаха министри и заместник-министри (на правосъдието или на вътрешните работи), заместник-председатели на ВКС и ВАС и заместник-главни прокурори. Десетки други станаха върховни съдии и прокурори, председатели на апелативни и окръжни съдилища, директори на дирекции в министерствата, преуспяващи адвокати, именити нотариуси...

За да се наредите до тях, и Вие, студентите от нашият 8-и випуск, тръгвате днес по академичните коридори на Софийския университет. И трябва да знаете: **коридорите на Софийския университет са булеварди на знанието и магистрала на духа!** И всички преди Вас бяха тук през тези 7 години именно заради знанието! Заради огромната роля на знанието, което вдъхновява, окрилява, дава кураж, увереност, стабилност и ... много сила!

...Затова днес вече не мечтаем, а се гордеем. Със своите преподаватели, със своите студенти, с подкрепата на академич-

ното ръководство, с научната си продукция, с популярността на програмата – призната за най-престижна в България!

И ако можем занаят да мечтаем само да запазим постигнатото високо равнище, то тази мечта се превръща в **тежко и блажено задължение!** Защото в рече нямаме право на отстъпление. Очакванията към нас вече са много високи. И колкото и да е странно – именно заради това днес е по-трудно, отколкото в началото. Ако мога да се пошегувам „по европейски“, и нашата програма, като Европейският съд по правата на човека в Страсбург, започва да *страда от своя успех...*

За изминалите **7 години** общо над 50 лектора от 16 различни държави обучиха над 400 български юристи и специалисти от всички управленски структури на Отечеството. Това вече е една **Академия!**...

Проведохме **7 международни конференции** на най-високо равнище. И издадохме стойностни сборници с докладите и дискусиите. Никой друг български университет не може дори да мечтае за такива мащаби!

Нашата издателска дейност за последните 7 години е повече от впечатляваща – над 25 издания: преводни трудове, научни сборници и български съчинения, които вече ни позволяват да говорим за видима българска школа по Право на ЕС! В следващите месеци предстои да излязат нови 3 тома с лекции на чуждестранните и българските лектори в магистърската програма. С това нашата **Библиотека „Студии по Европейско право“** може да претендира да е **най-богатата в Източна Европа!**...

В рамките на учебната година, която изпращаме днес, отбелязахме **60-годишнината на Съда на ЕС и 120-годишнината на Юридическия факултет на Софийския университет**. На тези забележителни годишнини посветихме серия от значими събития: през октомври 2012 г. посрещнахме делегация от 7 съдии от Общия съд, а през май 2013 г. – делегация от 18 съдии и генерални адвокати от Съда, начело с председателя проф. Василиос Скурис и новоизбрания заместник-председател проф. Коен Ленартс! В Европа това бе година на търсене на нови институционни разрешения за справяне с икономи-

ческото управление в условията на тежка криза. И тя ни остави много задачи...

Новата учебна година, която посрещаме днес, отново ще е пълна с изпитания. През май 2014 г. ще се проведат важни избори за ЕП, в резултат от които трябва да се състави силна ЕК, способна да бъде силен „двигател“ на интеграционния процес. През 2014 г. ще трябва да започнем да прилагаме новите институционни правила, предвидени с Лисабонския договор. Ще очакваме новото правителство на Германия, което, заедно с това на Франция отново да даде нужния тласък на общите европейски усилия...

Международната магистърска програма на Софийския университет е изключителна реализация на светлата европейска идея за **учене през целия живот**. На новата европейска стратегическа линия за икономика, основана на знанието. И на нашия неуморен натиск в България образованието да бъде обявено за стратегически национален приоритет – и то като основен принцип в българската конституция!

Разбира се, имаме и **слабости**. Длъжен съм да призная – всяка година те са все по-малко... Но остава една „слабост“, която няма да преодолеем никога: изпитите в Международната магистърска програма се провеждат сериозно, с академична строгост и възискателност, каквито подобават на високото равнище на преподавателите и магистрантите! Така ще бъде и занапред – защото помним, че *„безкнижната душа е мъртва“*. И защото искаме да противопоставим на чалгата – музикална, медийна и политическа – **кротката мощ на духовната възвисеност!**

Длъжни сме да изкажем **признателност за подкрепата** през годините на главните прокурори проф. Борис Велчев и г-н Сотир Цацаров, на председателите на ВКС и ВАС проф. Лазар Груев и г-н Георги Колев, на поредица министри на правосъдието, един от които, д-р Диана Ковачева, също е възпитаник на нашата програма, а вече и наш лектор.

Другият доскорошен министър на правосъдието г-н Драгомир Йорданов днес отново е директор на Националния

институт на правосъдието, който, заедно с Дипломатическия институт, Института по публична администрация и Института по Европейско право, са наши неизменни партньори и отново са представени днес тук от своите ръководители.

Няма да издържа да не го кажа: нашият девиз е „*Можем, каквото правим!*“ **Така се противопоставяме на посредствеността**, на властническото самозабравяне, на безродното олигархично задкулисие...

Защото знаем: няма по-висока трибуна от катедрата на Софийския университет и няма по-силно оръжие от знанието!

За мен, като ръководел на тази програма, сега е сладък дълг и висока чест да дам думата за неговото първо публично изявление в България на Извънредния и пълномощен посланик на Френската република н. пр. Лапер дьо Кабан!

Магистърската програма е българската школа по Право на ЕС

Слово на

*Негово превъзходителство г-н Ксавие ЛАПЕР ДЪО КАБАН
Посланик на Френската република в България*

Уважаеми г-н Ректор,
Уважаеми г-н Декан,
Уважаеми директори на институти,
Уважаеми професори, драги студенти,

Международната магистърска програма по Право на Европейския съюз е една от тези **изключително успешни франкофонски структури**, които са създадени въз основа на многообразните форми на сътрудничество, установени между нашите две страни. През 2006 г. е подписано споразумение за сътрудничество между Софийския университет „Св. Климент Охридски“ и университетите „Нанси-2“ и „Робер Шуман“ в Страсбург, които понастоящем са съответно Университет на Лотарингия и Университет на Страсбург.

Още от самото си подписване това споразумение осигурява възможност за получаване на **две дипломи**. Студентите могат да получат магистърска степен по Право на Европейския съюз от СУ „Св. Климент Охридски“ и университетски диплом от университетите в Нанси и Страсбург, а най-добрите франкофони – и магистърска степен от Университета в Нанси.

В обучението, предлагано в рамките на Международната магистърска програма по Право на Европейския съюз, всяка година участват десетки студенти и професионалисти: съдии на всякакви нива, дори от върховните съдилища, прокурори, адвокати, висши държавни служители от публичната администрация и млади специалисти.

В преподавателския екип участват авторитетни български и френски специалисти, както и европейски специалисти, сред които са най-добрите съдии от Съда на Европейския съюз в Люксембург, уважавани професори от Брюксел и Люксембург.

Повече от 20 научни издания – преводи, студии и монографии в областта на Европейско право, много от които сътворени на български език, придават на тази магистратура **статус на българска школа по право на Европейския съюз!**

Бих желал да подчертая също отличната интеграция на магистърската програма в рамките на Юридическия факултет на СУ, постоянната грижа на **деканите на факултета** за нейното реализиране, както и създаденото **сътрудничество** с Националния институт на правосъдието, Института по публична администрация и Дипломатическия институт при Министерството на външните работи, чиито директори участват в тази церемония и аз им благодаря за това!

Ползата от това обучение е безспорна, защото е очевидна потребността на България от увеличаване на нейния правен капацитет, на капацитета в областта на съдебната практика.

Успехът на тази магистърска програма е свързан с **ролята на Атанас Семов**, която е определяща и решаваща. Дейността на проф. Семов бе призната и от Европейската комисия, която го определи за титуляр на „Катедра Жан Моне по Право на Европейския съюз“. Благодаря му за неговата ангажираност и го поздравявам за това заслужено признание!

За мен това е повод да припомня колко интензивни са нашите отношения в областта на университетското и научно сътрудничество между Франция и България, също така значението на Франкофонията в тези области, и то в момент, когато точно след една седмица ще честваме 20-годишнината от присъединяването на България към Международната организация на Франкофонията, както и да припомня важноста на юридическото обучение, което вие провеждате в рамките на тази магистърска програма, за укрепването на правовавата държава и за нейната легитимност.

С тази заключителна церемония на седмия випуск на магистърската програма, обучените в рамките на програмата ще бъдат над 400 и във връзка с тези ежегодни церемонии се е създала практика Посланикът на Франция да връчва **награда на най-добрия студент-франкофон**. И аз ще спазя тази традиция и за мен ще бъде удоволствие в самото начало на моята мисия в България да връча тази награда!

На добър час!

Доц. Атанас Семов:

Благодарим Ви сърдечно, Ваше превъзходителство, за силните думи! За нас подкрепата на Франция отдавна не е само въпрос на материална или организационна сила. Сътрудничеството ни с Франция – благодарение и на патронажа на нейните посланици в София – е акт на приобщаване към най-високите достижения на европейската наука!

Не мога да не споделя и още нещо: преди 16 години точно на днешния ден пристигнах в Нанси – беден, настинал, незнаещ добре френски език, но пълен с мечти. Не можех и да предположа, че по-късно ще стана гост-професор в най-старото училище по Европейско право в Европа – **Европейският университетски център**, в който тогава бях уплашено източноевропейско студентче! Още от гарата ме пое Иван Боев – също беден, също настинал, но вече уважаван преподавател в Нанси. Пое ме и в духовен смисъл повече никога не ме пусна...

Бях зашленен от красотата на Нанси и неговия „Плас Станислас“ – най-красивият площад в света! И бях заразен от европейската страст на моите преподаватели там, начело с духовния блясък на проф. Жан-Дени Мутон, когото по-късно посрещнах тук, за да бъде удостоен в тази зала с най-високата академична титла „Доктор хонорис кауза на Софийския университет“!

И днес съм щастлив, благодарен, горд и въодушевен да поканя на трибуната Директора на Европейския университетски център в Нанси и наш обичан преподавател проф. Етиен Крики, Кавалер на почетния легион на Франция!

Вече половинвековно сътрудничество

Слово на проф. д-р Етиен КРИКИ

*Директор на Европейския университетски център в Нанси,
Кавалер на почетния легион на Франция*

Г-н Ректор,
Г-н Посланик,
Г-н Декан,
Скъпи колега и приятелю Атанас Семов,
Дами и господа,
Скъпи студенти,

Бързам да споделя колко съм радостен и какво удоволствие е за мен, че имам възможност да съм тук, сред вас, за осми път! Спомням си много добре моето първо посещение, когато дойдох, за да поставим началото на тази програма – да продължим по нов начин едно **вече половинвековно сътрудничество**, позволило в Нанси да се обучат поколения юристи и професори от Софийския университет! Да го конкретизираме в тази магистърска програма, която дава забележителна възможност за получаване на две дипломи!

В качеството си на ръководител на Европейския университетски център и като представител също така на Университета на Лотарингия искам да поздравя всички вас за успеха на това начинание, в основата на който е проф. Семов – да постигнем създаването на магистърска програма, завършваща с получаването на престижни дипломи от Университета в Нанси и от Софийския университет.

Искам да ви уверя, че ние високо оценяваме тази програма, тези две дипломи – българска и френска, и **да ви уверя и в нашата ангажираност**, нашата решимост да продължим да обогатяваме този уникален опит, да прилагаме тази програма

ма колкото е възможно по-дълго, поне докато аз съм директор на Европейския университетски център в Нанси!

Искам да поздравя **студентите**, обучавали се в рамките на тази програма, за това, че те ще получат днес своята френска диплома от Университета на Нанси, вече Университет на Лотарингия. И най-вече тези от тях, които стават титуляри на френската магистърска степен и притежават изключителни качества, доказателство за това са дипломните работи, които написаха на френски език – те ще получат своето признание на 9 декември в Нанси, в Тронната зала на Кметството, където на специална церемония ще получат на своята френска магистърска диплома.

Ние водим лекции тук, но приемаме също така и български студенти в Нанси. Вчера имах лекции в Европейския университетски център в Нанси със студенти, които се обучават в първата година на магистърската степен. Сред тях имаше три български студентки от Софийския университет, които се обучават в рамките на европейската програма за обмен на студенти „Еразъм“, на които казах, че се надявам след две години да се запишат в тази магистърска програма...

В заключение искам да поздравя и да благодаря на моя колега и приятел Атанас Семов. Защото без него, без неговата решителност и смелост, без неговата инициатива тази програма не би била възможна. Искам да благодаря също на другите наши **колеги от екипа**: проф. Юлия Захаријева, д-р Иван Стойнев, д-р Христо Христов, д-р Жулиета Борин и (може би скоро също доктор) Спас Спасов.

Бих желал да благодаря и на Посланика на Франция за честта, която ни оказва със своето присъствие, и на-вече за подкрепата, която и той на свой ред оказва на програмата. Използвам възможността да благодаря на целия екип на **Френския институт в София**, на Директора му, моят приятел проф. Жил Руе, които са ангажирани са с всичко, което правим. Благодаря им за материалната, финансовата и моралната подкрепа.

Благодаря на всички Вас!

Не спирайте да се учите!

*Слово на г-жа Таня МИХАЙЛОВА
Директор на Дипломатическия институт
при Министерството на външните работи
на Република България*

Уважаеми г-н Ректор,
Уважаеми г-н Посланик,
Уважаеми гости,

Дипломатическият институт е само на десет години. Но още на втората година от своето съществуване, в началото на Вашата магистърска програма, в началото и на нашата институция, се роди идеята да помогнем и да правим заедно тази програма.

Преди 15 години в българската администрация нямаше компетентни специалисти в областта на Правото на Европейския съюз. Аз самата съм юрист по образование и преди 15 години започнах работа в Народното събрание като експерт по юридически въпроси в току-що създадената Дирекция „Европейска интеграция“. Бяхме само неколцина, без никаква представа какво всъщност ни чака, особено по отношение на Правото на Европейския съюз...

Истински съм щастлива да видя днес колко много хора, цяло поколение, са преминали през тази магистърска програма!

Доцент Семов, и всички Вие, които участвате в тази програма, **Вие създавате изключителни възможности** за българските млади хора, за тези компетентни хора, които да намерят или разгърнат своето призвание!

И ще си позволя да отправя един призив: **никога не спирайте да се учите**, защото това е най-благоприятното нещо, което можете да направите за самите вас!

Поздравления още веднъж за тази програма! Тя е отлична!

Това е най-престижната магистърска програма в България!

*Слово на доц. д-р Георги МАНЛИЕВ
Директор на Института по публична администрация
при Министерския съвет на Република България*

Скъпи колеги и гости,

Благодарен съм, че имам възможност да споделя съвсем накратко в този вълнуващ миг това, което и аз съм преживял. Защото преди 8 години, когато стартира тази магистърска програма, ние отново работехме заедно с г-н Семов и знам какво гигантско усилие изисква постигането на толкова висок стандарт, какъвто днес притежава тази магистърска програма.

Това е наистина **програмата в България, която има най-високо равнище!** Защото между многото магистърски програми нито една от тях няма такъв класен партньор като Университета в Нанси по отношение на Европейското право. Вие имате великолепната възможност да получите най-доброто познание в тази област и аз вярвам, че всички вие след завършването на тази програма ще отидете в съдебната система и в публичната администрация. Добре дошли сте в публичната администрация, в държавните институции, където България се нуждае от класни юристи, а дори и в частния сектор – зная, че всички вие ще дадете своя принос за издигането на престижа на нашата държава с високото си познание в областта на Европейското право!

Желая на всички успех! Пожелавам на целия екип в Университета да поддържа и работи по тази програма, **да запази тези високи стандарти** и да продължи да бъде великолепен инкубатор на кадри, които да подпомагат правовото развитие на нашата държава.

Успех!

Обявяване на наградите на най-добрите студенти за академичната 2012 – 2013 година

Доц. Атанас Семов:

Уважаеми госпожи и господа,

Както знаете, от самото начало установихме една чудесна традиция: най-добрите, с най-високи резултати, студенти от магистърската програма получават **високи отличия**. И тази година ни предстои този особено приятен ритуал!

За мен е висока чест, да обявя:

1. Наградата на Министър-председателя на Република България за най-висок успех в Международната магистърска програма „Право на ЕС“ получава **адвокат Светлина Кортенска!**

2. Наградата на френския посланик за най-добър студент-франкофон с най-висок успех от магистърската диплома в Нанси получава **Елица Златева!**

3. Деканът на ЮФ удостоява **Юлиян Демирев** с Грамота за висок успех и активно участие!

4. Директорът на Дипломатическия институт удостоява **Мария Енева** с Грамота за висок успех и активно участие!

5. Директорът на Националния институт на правосъдието удостоява **Борислава Кирова** с Грамота за висок успех и активно участие!

6. Тъй като тази година имаше особено добра атмосфера, висока активност и сърдечност, ще оповестя връчването на още 2 грамоти за активно участие и принос: на д-р Мирчо Иванов от Министерството на външните работи и на бъдещия доктор Борислав Хлебаров от Министерството на вътрешните работи!

Наградените заслужават напълно това признание, а новите студенти нека се чувстват още по-мотивирани за знания и успех!

На добър час на всички!

9 октомври 2013 г.

**Тържествена церемония
по обявяването на проф. Жан-Пол Жаке за
Почетен доктор на Софийския университет**

13 декември 2013 г.

**Представяне на проф. Жан-Пол Жаке
от проф. д-р Сашо ПЕНОВ,
Декан на Юридическия факултет**

Уважаеми г-н Ректор,
Уважаеми г-н Директор на Френския институт в София,
Уважаеми проф. Жаке,
Уважаеми колеги и гости,

За мен е висока чест днес да представя пред вас един от най-големите европейски учени, един от най-влиятелните европейски умове, един от най-активните приятели на България и на Софийския университет - изключително обичания от своите студенти проф. Жан-Пол Жаке от Франция!

Факултетният съвет на Юридическия факултет взе с единодушие решение да предложи проф. Жаке за удостояването му с най-високото българско академично отличие – Почетен доктор на Софийския университет „Свети Климент Охридски“. Аргументите за това бяха много и категорични. Проф. Жаке не просто отговаря, а възплъщава идеята на изискванията на чл. 127, ал. 3 от Правилника на Софийския университет „за научни постижения в определена област на знанието и за принос в развитието на научното, педагогическото и културното сътрудничество между Университета и чуждестранни университети и други научни институции“.

Постиганията на проф. Жаке в областта на изучаването и прилагането на Правото на ЕС са повече от безспорни. Може без преувеличение да се твърди, че проф. Жаке е *най-авторитетният днес специалист в Европа*. Достатъчно доказа-

телство е и фактът, че именно на него бе възложено да осъществи съществената дейност по подготовката на Хартата за основните права на ЕС – най-значимият акт на европейската интеграция в последните 2 десетилетия!

Проф. Жаке е автор на над 20 научни труда, някои от които са настолно четиво на всички юристи-франкофони в Европа. Десетилетия наред поколения юристи се обучават по неговия фундаментален учебник „Институционно право на ЕС“, българското юридическо образование от 2007 г. на сам също се ползва широко от изданието на български език, осъществено благодарение на сътрудничеството между Института по Европейско право – София и издателство „Далоз“. Учени, политици и магистрати четат внимателно неговите десетки книги и стотици статии.

Незаобиколима е ролята му на ключов експерт в продължение на две десетилетия в Правната служба на Съвета на ЕС, на която днес е Почетен генерален директор. Заради тази си роля той неофициално бе определян за „Главен юрист на ЕС“. В последните години именно негова бе заслугата за утвърждаването на принципа на примат на правото на ЕС чрез изрична декларация към Лисабонския договор и най-вече за изготвянето на Разясненията към Хартата за основните права на ЕС, които позволяват правилното прилагане на тази Харта.

Редом с това е **безспорен приносът на проф. Жаке за научното и педагогическото сътрудничество между СУ и Университета на Страсбург**, чийто президент бе той в периода 1983 – 1990 г., а след това е Почетен президент. В продължение вече на 7 години проф. Жаке ежегодно изнася лекции в ЮФ – именно в Международната магистърска програма на СУ „Право на ЕС“, но на занятията му винаги с огромен интерес присъстват и студентите в основните програми по „Право“ и „Международни отношения“, множество видни представители на съдебната система, други специалисти. Не веднъж при посещенията си в България проф. Жаке е подчертавал желанието си да допринесе за българското юридическо образование. Изнасял е лекции и в Дипломатическия институт при МВнР, и в Националния институт на правосъдието.

Жан-Пол Жаке е роден на 29 октомври 1942 г. в Нанси. Завършва Университета на Страсбург, където от 1978 г. е професор. Преподава също в Колежа на Европа в Брюж, в Института за европейски изследвания към Брюкселския свободен университет и е гостуващ професор в университетите на Барселона, Льовен, Лисабон, Мадрид, Фрибург и София.

През 70-те години е Директор на Института за висши европейски изследвания в Страсбург, бил е Декан на Юридическия факултет и Президент на Университета на Страсбург. Бил е Генерален секретар на Международния институт по правата на човека. От 1992 г. до май 2008 г. е Директор в Правната служба на Съвета на ЕС, а от тогава е Почетен генерален директор и специален съветник.

Автор на над 200 публикации в областта на конституционното и административното право, международното право и защитата на правата на човека. Разбира се, най-значимата част от неговата академична кариера и научни трудове е посветена на Правото на Европейския съюз! От дълги години проф. Жаке е главен редактор на *Common Market Law Review* и Директор на *Revue Trimestrielle de Droit Européen*.

Проф. Жаке е Офицер на Почетния легион на Франция, Кавалер на Националния орден за заслуги и Командор на Академичните палми.

Днес проф. Жаке е Почетен генерален директор на Правната служба на Съвета на ЕС и Почетен президент на Университета на Страсбург и продължава да работи като „специален съветник“ на Съвета на ЕС.

Позволявам си да изразя убеденост, че с удостояването му с най-високото отличие на Софийския университет Юридическият факултет прави още една значима крачка към утвърждаването на своя висок авторитет – то е чест както за нашия университет, така и за цялата българска академична общност!

CURRICULUM VITAE

Jean Paul Jacqué

Born on 29. 10. 1942 in Nancy (Meurthe et Moselle)

Officier de la Légion d'honneur

Chevalier de l'Ordre national du Mérite

Commandeur des Palmes académiques

Officier de l'Ordre de la Couronne de Chêne

CARRIERE

Professor (1978) at the University of Strasbourg Faculty of Law

Professor at the Collège d'Europe de Bruges,

Professor at the l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles

Director in the Legal Service of the Council of the European Union from January 1992 to May 2008

Honorary Director General, Special Councillor in the Council

ADMINISTRATIVES FUNCTIONS

Director of the l'Institut des Hautes Etudes Européennes de Strasbourg (1974-1977)

Dean of the Law Faculty, Strasbourg (1977-1981)

President of the University of Strasbourg (1983-1990)

General Secretary of the Institut International des Droits de l'Homme (Fondation René Cassin), 1990-1992

Editor of the Common Market Law Review

Director of the Revue Trimestrielle de Droit Européen

PUBLICATIONS (Selection)

1. Constitutional and Administrative Law

Memento de droit constitutionnel, 7eme édition 2008, Dalloz (traduit en russe)

2. International Law and Human Rights

Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, LGDJ, 1972

Obligations assumed by Helsinki signatories (avec Cohen-Jonathan), in *International Law and the Helsinki Accord*, 1977

Les droits de l'homme et le développement de l'informatique en Europe, Mélanges Sasse, Nomos, 1981

La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel, AFDI, 1980

Le respect de la vie privée et familiale devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Annales de Toulouse, 1981

Droits de l'homme et non intervention, Institut des Droits de l'Homme de Trieste, 1981

La liberté d'association dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, Annales de l'Institut canadien d'études juridiques, 1984

La Convention européenne des droits de l'homme et les limitations aux droits garantis - in : *La limitation des droits de l'homme en droit comparé*, Blais, Québec, 1986

L'abus de droits fondamentaux et la lutte contre la démocratie - in: *Der Missbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, Nomos, 1989

Le principe d'égalité - in: *Vues canadiennes et européennes des droits et des libertés*, Blais, Québec, 1989

Droits de l'homme et bioéthique, entretiens franco-allemands de Sarrebrück, 1990

La liberté d'information - in: *Human Rights and the Community*, Nomos, 1991

3. European Law

A propos de la guerre des juges, accords et désaccords entre le juge français et la Cour de Justice des Communautés, *Revue administrative de l'Est*, 1981

Cohérence ou divergence entre les organisations européennes in l'Europe et les relations internationales, Pédone, 1982

L'application du droit international et du droit communautaire au regard du droit constitutionnel français (avec Vlad Constantinesco), Kohlhammer, Stuttgart, 1984

L'évolution du triangle institutionnel communautaire, Mélanges Teitgen, 1984

Mythe et réalité de l'Union européenne – in: La Sfida Europea, Cedam, Padova, 1984

Le principe d'égalité en droit économique, Actes du Colloque FIDE, La Haye, 1984

Le Parlement européen (en collaboration avec Bieber, Constantinesco, Nickel), Economica 1984

Le traité d'Union Européenne, commentaire du projet adopté par le Parlement européen, (En collaboration avec Hilf, Capotorti, Jacobs), ed. de l'ULB, Oxford University Press, Nomos, 1985

L'Europe de demain, une Union sans cesse plus étroite (ed avec Bieber et Weiler), perspectives européennes, 1985

L'acte Unique européen, RTDE 1986

La communautarisation des politiques nationales, Pouvoirs 1989

L'acte unique européen et l'environnement, colloque de Limoges 1988 et *Environmental Law Review*, 1988

L'identité européenne, Anuario internacional, 1989

On the Road to European Union-A new judicial Architecture: An agenda for intergouvernemental conference, en collaboration avec J. WEILLER, CMLR 1990, paru également en français à la RTDE, 1990

Le rôle du droit dans l'intégration européenne, revue Philosophie politique, 1991

Convention Européenne des droits de l'homme et CEE, mélanges Boulouis, 1991

Cours Général de droit communautaire, Recueil de l'Académie de droit européen de Florence, Volume I

La subsidiarité, rapport communautaire, colloque FIDE, Rome, 1994

La constitution européenne, Revue universelle des droits de l'homme, Vol.7, n°11-12

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Revue universelle des droits de l'homme, 2000

Back to Philadelphia, Revue du Marché Commun, 2002

Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif, Il diritto dell'Unione europea 2002

Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne, Mélanges Cohen-Jonathan, 2004

Der Vertrag über eine Verfassung für Europa : Konstitutionalisierung oder Vertragsrevision, Europäische Grundrechte, 2004

- Constitutionnalisation ou révision des traités* – in: Liber professorum «30 ans d'études juridiques au Collège d'Europe, Peter Lang, 2005
- Commentaire de l'arrêt Bosphorus*, RTDE, 2005
- L'instabilité des rapports de système*, Revue française de droit constitutionnel, 2007
- Coauteur de *L'Europe, esquisse d'un dessein*, 2006 (en français, allemand, anglais)
- La subsidiarité dans l'Union européenne* – in: L'avenir de l'Europe sociale, L'Harmattan, 2007
- Quelques réflexions sur le contentieux interinstitutionnel*, Mélanges Bieber, Nomos Verlag, 2007
- Le traité de Lisbonne, tableau d'une négociation*, RDP 2008
- Le traité de Lisbonne, une vue cavalière*, RTDE 2009
- Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux*, Mélanges Charpentier, 2009
- Pour une vision réaliste de la codécision*, Mélanges Vandersanden, Bruylant, 2009
- Commentaire de l'arrêt Kadi*, RTDE 2009119 Le Coreper, Mélanges Manin, Pedone, 2010
- Les Institutions*, chronique RTDE, 2010, n°1
- Le principe d'interprétation conforme*, Revue des affaires européennes, 2010
- Der Vertrag von Lissabon, neues Gleichgewicht oder institutionelles ammelsurium ?*, Integration, avril 2010
- Les droits fondamentaux après Lisbonne*, European Yearbook on Human Rights, 2010
- Droit institutionnel communautaire*, 6e ed. Dalloz, 2010, traduction en bulgare et albanaise

**Cérémonie officielle de remise des insignes
de Docteur Honoris Causa
de l'Université de Sofia Saint Clément d'Ohrid
à Monsieur le Professeur Jean-Paul JACQUÉ**

le 13 décembre 2013

**Présentation du professeur Jean-Paul JACQUÉ
par le professeur Sacho PENOV, Doyen de la Faculté
de droit**

Honoré Monsieur le Recteur,
Honoré Monsieur le Directeur de l'Institut français à Sofia,
Cher Professeur Jacqué,
Chers Collègues,
Chers Invités,

J'ai le grand honneur aujourd'hui de présenter devant vous **un des plus éminents savants européens et un des esprits les plus influents en Europe, un des amis les plus actifs de la Bulgarie et de l'Université de Sofia – le professeur favori des étudiants, Monsieur Jean-Paul JACQUÉ de France!**

Le Conseil de la Faculté de droit a pris à l'unanimité la décision de proposer officiellement au Conseil académique de conférer à Monsieur le professeur Jean-Paul JACQUÉ le grade de Docteur Honoris Causa de l'Université de Sofia *Saint Clément d'Ohrid* – la distinction académique la plus valorisante en Bulgarie. Les arguments en faveur de cette décision étaient autant nombreux que catégoriques. La personnalité du Professeur Jacqué non seulement répond pleinement aux conditions requises de l'art. 127 alinéa 3, du Règlement de l'Université de Sofia (« pour réussite académique dans un domaine scientifique déterminé et contribution au développement de la coopération scientifique, pédagogique et culturelle entre l'Université et d'autres établissements d'enseignement supérieur et de recherche ») elle en est même l'incarnation.

Les réussites du professeur Jacqué dans le domaine de l'étude et de l'application du Droit de l'UE sont plus qu'incontestables. Sans exagérer, nous pouvons affirmer que le professeur Jacqué est *aujourd'hui le spécialiste le plus compétent en Europe*. Il suffit de dire que c'est à lui qu'on assigne la préparation essentielle de la Charte des droits fondamentaux de l'UE – l'acte le plus important de l'intégration européenne pendant les deux dernières décennies !

Le professeur Jacqué est l'auteur de plus de 20 ouvrages scientifiques dont certains sont des livres de chevet pour les juristes francophones en Europe. Pendant des décennies, plusieurs générations de juristes ont étudié, en utilisant son manuel de base « Droit institutionnel de l'UE »; l'enseignement supérieur en droit, en Bulgarie, s'en sert de même, depuis 2007, l'année de son édition en langue bulgare, effectuée grâce à la collaboration entre l'Institut de droit européen – Sofia et les Éditions *Dalloz*. Chercheurs, hommes politiques et magistrats lisent attentivement des dizaines de livres et des centaines d'articles dont il est l'auteur éminent.

Nous ne pouvons pas nous permettre d'omettre son rôle d'expert clé du Service juridique du Conseil de l'UE, pendant deux décennies, et dont il est aujourd'hui le Directeur général honoraire. Ce rôle lui attribue à titre officieux le statut de « Juriste principal de l'UE ». Durant ces dernières années, nous lui devons l'affirmation du principe de la primauté du Droit de l'UE par une déclaration expresse annexée au Traité de Lisbonne et surtout l'élaboration des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux qui permettent l'application correcte de cette Charte et qui sont essentiellement son mérite.

Parallèlement, la contribution du professeur Jacqué à **la coopération scientifique et pédagogique entre l'Université de Sofia et l'Université de Strasbourg, dont il était le Président de 1983 à 1990, et le Président honoraire par la suite, est aussi incontestable.** Depuis 7 ans déjà, le professeur Jacqué donne des cours à la Faculté de droit, précisément dans le cadre du Master international « Droit de l'UE » de l'Université de Sofia, mais ses cours suscitent également l'intérêt de nombreux représentants éminents du système judiciaire et d'autres spécialistes différents. Au cours de ses visites en Bulgarie, le professeur Jacqué a déclaré à

plusieurs reprises sa volonté de contribuer à l'amélioration de l'enseignement du droit. Il a donné des conférences à l'Institut diplomatique auprès du Ministère des affaires étrangères et à l'Institut national de justice.

Jean-Paul Jacqué est né le 29 octobre 1942, à Nancy. Il termine ses études à l'Université de Strasbourg, où il est professeur depuis 1978. Il enseigne de même au Collège d'Europe à Bruges, à l'Institut d'Études européennes auprès de l'Université libre de Bruxelles, et en tant que professeur invité aux universités de Barcelone, Louvain, Lisbonne, Madrid, Fribourg et Sofia.

Dans les années 1970 il est Directeur de l'Institut de hautes études européennes de Strasbourg, il a été Doyen de la Faculté de droit et Président de l'Université de Strasbourg. Il a été Secrétaire général de l'Institut international des droits de l'homme. De 1992 au mois de mai 2008 il est Directeur au Service juridique du Conseil de l'Union européenne et depuis lors il est Directeur général honoraire et conseiller spécial.

Il est l'auteur de plus de 200 publications dans le domaine du droit constitutionnel et administratif, ainsi que du droit international et de la défense des droits de l'homme. Bien entendu, la part la plus importante de sa carrière académique et des ses ouvrages scientifiques est consacrée au Droit de l'Union européenne! Depuis de longues années, le professeur Jacqué est le Rédacteur en chef de la *Common Market Law Review* et Directeur de la *Revue Trimestrielle de Droit Européen*.

Le professeur Jacqué est Officier de la Légion d'honneur, Chevalier de l'Ordre national du Mérite et Commandeur des Palmes académiques.

Aujourd'hui, le professeur Jacqué est Directeur général honoraire du Service juridique du Conseil de l'UE et Président d'honneur de l'Université de Strasbourg, et il continue ses activités, en tant que « conseiller spécial » du Conseil de l'UE.

Je me permets d'exprimer ma conviction qu'avec l'octroi de la distinction honorifique de l'Université de Sofia la Faculté de droit fait un pas important en avant pour affirmer son prestige – c'est un honneur pour notre Université et pour toute la communauté académique bulgare !

Церемония по удостояване с почетното звание
„Почетен доктор на Софийския университет“
13 декември 2014 г.

Бъдещето на Европейския съюз Академично слово



Проф. д-р Жан-Пол ЖАКЕ
Почетен генерален директор на Правната служба на Съвета на ЕС
Почетен президент на Университета на Страсбург
Член-кореспондент на Института по Европейско право – София

Уважаеми г-н Ректор на Софийския университет „Свети
Климент Охридски“,
Уважаеми г-н Декан на Юридическия факултет,
Уважаеми г-н Директор на Френския институт в София,
Почитаеми дами и господа професори,
Скъпи студенти,

Чест и привилегия е за мен да получа едно толкова значимо отличие от Вашия престижен университет! Мога да Ви уверя, че съм дълбоко поласкан и, че от цялото си сърце благодаря на всички, на които дължа тази церемония, и на академичното ръководство на Софийския университет, което е взело решението за това отличие!

Както навярно знаете, моята кариера се разви основно в европейски контекст. Несъмнено това се дължи на моята семейна история. Семейството ми е родом от Елзас, един граничен район между Франция и Германия, който бе опустошен от братоубийствени европейски войни. Всеки следващ конфликт довеждаше до смяна на националността и на политическата система в района. Аз съм роден във Франция, тъй като част от семейството ми е напуснало Елзас, за да избяга от германската окупация преди Първата световна война.

По време на Втората световна война от четиримата ми братовчеди един бе екзекутиран заради отказа си да се бие за германската армия, друг успя да избяга в Англия, за да се присъедини към армията на генерал Де Гол, третият насила бе включен в батальоните на Вермахта и воюва в Русия, а последният избяга в окупирана Франция, за да следва теология и да стане свещеник. Това навярно обяснява защо за голяма част от моето поколение, започнало живота си под германска окупация и американски бомбардировки, европейският идеал бе най-напред инструмент за гарантиране на мира и омиротворяване на континента.

Предвид манталитета на епохата обаче бе невъзможно между доскорошни врагове бързо да се изгради политически съюз, единствената възможност бе да се започне от икономиката, за да се постигне сближаване на народите и едва след това да се премине към по-задълбочена интеграция. Както бе записано изрично в преамбюла на Учредителните договори, тези първи крачки към икономическата интеграция трябваше да доведат до един все по-тесен съюз между народите на Европа.

Голяма част от моя живот бе ориентирана към изграждането на този „все по-тесен съюз“ – било в рамките на младежките движения за организиране на френско-германски срещи,

било в студентските синдикати, или пък за създаване на механизми за улесняване на европейската мобилност на студентите. След това в продължение на десетилетия бях ангажиран с обучението и научната дейност на моя университет, а след това близо 20 години работих в институциите на ЕС.

Днес положението е променено и интеграционният процес е стабилен. Това не означава, че са изключени следващи нововъведения, но същественото е осъществено и днес търсим по-скоро по-голяма ефикасност отколкото въвеждането на нови политики. Стабилизирането стана факт и в географско измерение. С изключение на държавите, които произлязоха от бивша Югославия, не се предвижда никакво друго разширяване на Съюза. Турция де факто се отказа от присъединяване и сякаш предпочита да бъде голяма регионална сила, съюзник на Европа, без обаче да става пълноправен член, а ако Европа трябва да бъде нещо повече от общ пазар, Турция със сигурност не иска да участва.

По отношение на съседите на ЕС, задачата е да се придаде пълно значение на това понятие и да се изгради пълноценен статус на „асоциирана държава“, което включва нещо повече от свободната търговия, без да бъде еквивалент на пълноправното членство.

Поради това най-съществената задача е вътрешното засилване на Съюза. Не можем да постигнем силен и солидарен Съюз без изграждането на солидна връзка на доверие между държавите-членки! Именно солидарността е това, което различава един политически съюз от обикновената зона за свободна търговия, но трябва да признаем, че днес доверието, което е в основата на солидарността, все още не е безспорен факт...

За да го постигнем, трябва всеки участник да бъде уверен, че и другите зачитат същите ценности и се подчиняват на едни и същи правила. Виждаме обаче, че през последните години в някои страни-членки правовата държава и демокрацията бяха застрашени. Някои решения в Унгария и Румъния предизвикаха реакцията на Европейската комисия. Но

тя има само ограничени правомощия и не може да разреши проблема. Съществуването на истинска правова държава е гаранция за зачитането на правилата на Съюза. Как да се надяваме да го постигнем, ако сами не зачитаме тези правила? Разпоредбите в Учредителните договори относно контрола и санкциите трябва да бъдат подобро, но решението не е само въпрос на санкции, то изисква една действителна обществена промяна.

Днес слабостите в една държава се отразяват и на другите. Отказът от осъществяване на истински политики за социална интеграция на ромите в държавите, на които те са граждани, води до „износ на проблеми“ към съседните държави в контекста на една все по-нарастваща емиграция. Неспособността за контролиране на границите от някои държави излага други държави на неконтролирана нелегална имиграция. А това се дължи на слабости в националните правосъдни системи!

Цялото пространство на свобода, сигурност и правосъдие се основава на взаимното признаване на съдебните актове. А това признаване почива на взаимното доверие и лошото функциониране на правовия ред в една държава разрушава това доверие и парализира цялата система.

И още нещо: за да приемат Европейския съюз, гражданите трябва да имат видими доказателства за зачитането на неговите правила от другите, иначе ще се откажат от този съюз. Защо германските данъкоплатци да се съгласяват част от техните данъци да служат за спасяването на друга страна, която не е спазвала отговорно финансово поведение? Не можем да имаме солидарност – което ще рече и споделено бъдеще – без строго спазване на общите правила!

Това, разбира се, не означава, че ЕС не отчита спецификите на членуващите държави. В юридически план Съюзът е длъжен да зачита конституционната идентичност на своите членове. В политически план Съюзът е ангажиран както от националната легитимност, така и от общата легитимност, която му предоставят гражданите чрез европейските избори. Ето това е съдържанието на понятието за „*федерация на национални държави*“ и от гледна точка на процеса на вземане

на решения на баланса между интеграционния и междуправителствен подход! И това е основният проблем на процеса на изграждане на Съюза...

Дебатите за метода на изграждане на съюз на Европа започват със самото начало на европейската интеграционна конструкция. Необходимо е да дефинираме какво точно се разбира под „общностен“ или „интеграционен“ метод и като под „междуправителствен метод“.

Според неговите радетели *„чистият общностен метод“* отговаря на една система, при която Комисията – институция, представляваща общия европейски интерес – притежава монопола на законодателната инициатива..., докато Съветът... и парламентът... приемат заедно европейските закони. По правило Съветът се произнася с квалифицирано мнозинство, а единодушие се изисква само за изменение на предложението на Комисията“.

Не е необходимо да дефинираме междуправителствения метод, който се основава на сътрудничеството между държавите-членки. Този метод се налага в материалите, където природата на проблемите, с които се сблъскват отделните държави, налага общо действие, но политическата чувствителност не позволява използването на интеграционни инструменти. Опитът показва, че след определено време сътрудничеството между държавите-членки води до появата на взаимно доверие, което позволява да се премине към по-интеграционен метод.

В други случаи обаче прилагането на междуправителствения метод се сблъсква с ограниченията, наложени от Учредителните договори. Разпределението на компетенциите между Съюза и неговите държави-членки не позволява винаги да се приложат най-адекватните мерки. Това е най-видимо в икономическата и социалната материи. Нито ЕС самостоятелно, нито всяка страна поотделно не могат да действат достатъчно ефективно. Само едно координирано действие може да бъде адекватен отговор на предизвикателствата. В тези случаи координацията позволява да се определят глобални цели, които всеки ще преследва в рамките на своите компетенции. Стра-

тегията от Лисабон и отвореният метод на сътрудничество са илюстрации на този феномен и свидетелстват за слабостта на системата, основана на липсата на правни задължения по отношение на държавите-членки.

Именно това имаше предвид германският канцлер Ангела Меркел, когато дефинираше понятието „свюзен метод“. Става дума не за отказ от „общностния метод“, а за разбиране как той може да се съчетава с междуправителствения метод. И както декларира председателят на Европейския съвет Херман ван Ромпой, изборът понякога не е общностен или междуправителствен метод, а е **междуправителствен метод или нищо!**

Целият ЕС се основава на това двуединство между институциите на ЕС и националните власти, което понякога ни води до интеграция на националните политики в рамките на Съюза, а друг път до общи действия на държавите-членки.

Разбира се, предвид ограничените компетенции на ЕС в материята на икономическата политика, се наложи управлението на кризата да се осъществи от Европейския съвет, даже ако понякога му се налагаше да действа с интеграционен метод, както по отношение на управлението на еврото или финансовото законодателство.

Видимото неравновесие между компетенциите на ЕС в паричната и в икономическата политика даде повод на някои анализатори да заговорят за необходимост от нови изменения в Учредителните договори. Показахме се изправени пред големия въпрос: необходимо ли е отново да правим изменения в първичното право на ЕС, за да се справим с предизвикателствата на кризата в еврозоната? Такова например беше виждането на председателя на ЕК Жозе Барозо. Председателят на Европейския съвет Ван Ромпой пък винаги демонстрира изключителна предпазливост по този въпрос и, както заяви в Лондон на 28 февруари 2013 г., „Нямаме намерение да акушираме на раждането на федерална Евроландия! Изменението на Учредителните договори не е наш приоритет!“

От своя страна Федералният канцлер Меркел многократно засяга темата за нов договор, но е трудно да се прецени дали

това е част от сложни политически маневри или е реално намерение, особено като се има предвид подписването на Договора за стабилност, координация и управление на еврозоната през март 2012 г. Известни са и резервите на френското правителство по отношение на изготвянето на нов договор.

Констатацията е ясна: вече не сме в епохата на „позволителния консенсус“, при който беше възможно елитите да прокарват всяка реформа на Учредителните договори и да успяват да си издействат одобрение чрез ратификация. Знаем също, че започването на нов процес на реформи на договорите ще позволи на британското правителство, вероятно последвано и от други правителства от Централна и Източна Европа, да поискат връщане обратно на държавите-членки на някои компетенции на Съюза. Необходимо ли ни е подобно отваряне на „кутията на Пандора“? Още повече като се има предвид, че британското правителство иска да запази вътрешния пазар, но той не може да бъде жизнеспособен без политиките, които го допълват, като например социалната политика или политиката за околната среда, без които ще се наруши свободната конкуренция и пазарното равновесие. А какво да кажем за кохезионната политика? Не можеш да искаш ползите от общия пазар, без да приемаш солидарността!

И може би най-важният въпрос: дали именно институционните промени трябва да се поставят на първо място? Те не са нищо друго, освен инструмент за гарантиране на общите ценности и постигане на общите цели! Усилията за справяне с икономическата криза доведоха до съществени резултати и не можем да твърдим, че днешната институционална рамка не ни позволява да вървим напред. Затова всяка идея за нови институционни реформи трябва да бъде преценявана функционално, дали е наистина задължително необходима или може да се постигне добър резултат и при сегашните правила.

Преди да пристъпим към поредно цялостно преразглеждане на Учредителните договори може би е уместно първо да се направи сериозен анализ на това какво още може да се постигне в рамките на действащата правна уредба. Това ще ни

позволи да поставим дискусията на подходящото място: да установим дали институционният процес е адекватен на предвидените в договорите цели, а не просто да философстваме...

Именно това искат всъщност и гражданите – да бъдат убедени, че Съюзът може да отговори на техните днешни тревоги. Като се познава общественото мнение днес, е трудно да се предположи, че може да се получи широко одобрение на нова институционна ревизия. Опитът с Конституцията за Европа показва ясно неодобрение към ЕС, а от тогава положението дори се влоши.

Гражданите искат от ЕС конкретни отговори на своите днешни проблеми: кризата на еврото, имиграцията, конкурентността, енергетиката... Опитът от предишни ревизии показва, че всяка от тях преследва различни цели: изграждане на вътрешния пазар, реакция на падането на Берлинската стена и т.н. При отсъствието на водеща линия трудно ще убедим гражданите в необходимостта от нови изменения...

Затова преди да подхванем отново един толкова дълъг и сложен процес може би е по-добре да положим усилия да извлечем максимални резултати от съществуващата система. Дори защото иначе ще ни е трудно да искаме подкрепа, ако твърдим, че това е неефикасна система...

Целта е преди да говорим за нова реформа, да използваме максимално наличните днес средства, за да отговорим на очакванията на гражданите. С изключение на Икономическия и паричен съюз, най-важните проблеми са свързани с политиките, а не с институционните механизми за осъществяването им. Но дори за Икономическия и паричен съюз постигнатите резултати по отношение на управлението на еврозоната показва, че е възможно да се върви напред и при сегашната уредба.

Преди каквито и да било базови изменения Европа трябва да възстанови своята легитимност, като покаже, че може да подобри положението на отделния гражданин. И едва след това, ако постигне доверие и ако се докаже, че по-нататъшна реформа все пак е необходима, първата крачка ще бъде да се постигне съгласие за целите и съдържанието на тази рефор-

ма. Депутатите в националните парламенти, правителствата и университетските среди трябва да проведат задълбочена дискусия, за да се обсъдят различните възможности и да се постигне сближаване на вижданията и постигане на приемлив за гражданите резултат. Но този процес не трябва да бъде извинение за липсата на незабавни отговори днес и доколкото е възможно – удовлетворяване на обществените очаквания!

Преди да се хвърлим в нова ревизионистка авантюра, нека накараме ЕС да функционира добре в сегашния си вид при зачитане на правилата и при взаимно доверие. И едва когато постигнем достатъчно голямо доверие, ще можем да обсъждаме въпроса за необходимостта и ползата от нови реформи.

Днес най-важната задача е *да помирим гражданите и европейските институции*, като покажем, че тези институции могат да работят за подобряването на условията на живот на гражданите, какъвто именно е техният основен смисъл!

Cérémonie
DOCTOR HONORIS CAUSA de l'Université de Sofia

L'avenir de l'Union européenne Discours académique



Prof. Jean-Paul JACQUÉ

*Directeur général honoraire du Service juridique du Conseil de l'UE
Président honoraire de l'Université de Strasbourg
Membre-correspondant de l'Institut de droit européen – Sofia*

Monsieur le Recteur de l'Université de Sofia,
Monsieur le Doyen de la Faculté de droit,
Monsieur le Directeur de l'Institut français,
Mesdames et messieurs,
Chers étudiants,

C'est un honneur et un privilège pour moi que de recevoir une aussi importante distinction de votre prestigieuse Université. Soyez certain que j'en suis profondément honoré et que je remercie du fond du cœur ceux qui sont à l'origine de cette cérémonie ainsi que toutes les autorités académiques qui ont bien voulu me conférer cette distinction.

Comme vous le savez, ma carrière s'est principalement déroulée sous des auspices européens. C'est sans doute dû à mon histoire familiale. Ma famille était originaire d'Alsace, une province frontière entre la France et l'Allemagne qui a été dévastée par les guerres fratricides européennes. Chaque conflit entraînait un changement de nationalité et de système politique. Je suis né en France parce qu'une partie de ma famille avait quitté l'Alsace pour échapper à l'occupation allemande avant la première guerre mondiale. Pendant la seconde guerre mondiale, sur quatre de mes cousins, l'un a été fusillé pour avoir refusé de combattre dans l'armée allemande, un autre a réussi à fuir en Angleterre pour rejoindre l'armée du Général de Gaulle, le troisième a été incorporé de force dans la Wehrmacht et a combattu en Russie, et le dernier a fui en France occupée pour faire des études de théologie et devenir prêtre. Ce qui explique pourquoi une grande partie de ma génération qui avait commencé sa vie sous l'occupation allemande et les bombardements américains, l'idéal européen est apparu d'abord comme un instrument de paix et de réconciliation continentale.

Dans la mesure où, compte tenu des mentalités existantes à l'époque, il était impossible de bâtir immédiatement une Union politique entre les anciens belligérants, la seule voie possible était de commencer par l'économie pour rapprocher les peuples et passer ensuite à une phase d'intégration plus approfondie. Comme il était écrit dans le préambule des traités, ces premiers pas vers l'intégration économique devaient conduire à une Union sans cesse plus étroite des peuples européens.

Une grande partie de ma vie a été orientée vers la construction de cette union plus étroite que ce soit dans les mouvements de jeunesse pour y organiser des rencontres franco-allemandes ou au sein des syndicats étudiants pour, ici encore, trouver les moyens de faciliter la mobilité européenne des étudiants. Puis ce fut par l'enseignement et la recherche dans mon Université, puis enfin durant près de vingt ans au sein des Institutions de l'Union européenne.

Aujourd'hui la situation a changé et le processus d'intégration est stabilisé. Ceci ne signifie pas que de nouveaux progrès soient exclus, mais que l'essentiel est réalisé et qu'il s'agit plus

aujourd'hui de rechercher plus d'efficacité que de développer de nouvelles politiques. La stabilisation s'est également produite sur le plan géographique. A l'exception des États issus de l'ancienne Yougoslavie, aucune adhésion n'est plus envisagée. La Turquie a de facto renoncé à adhérer et semble préférer un statut de grande puissance régionale, alliée de l'Europe sans vraiment en devenir membre à part entière si bien qu'aujourd'hui, si l'Europe doit être plus qu'un marché, la Turquie ne souhaite pas vraiment en faire partie. Pour ces États du voisinage, l'enjeu est de donner son plein sens à cette notion et de construire un statut d'État associé qui aille plus loin que le libre-échange sans être équivalent à une pleine participation.

Mais l'essentiel concerne le renforcement interne de l'Union. Il ne peut y avoir d'Union forte et solidaire sans l'existence d'un solide lien de confiance entre les États membres. Certes la solidarité est ce qui distingue une Union politique d'une simple zone de libre-échange, mais force est de constater qu'aujourd'hui encore la confiance qui fonde la solidarité n'existe pas encore. Pour l'établir, il faut que chaque membre soit certain que les autres respectent les mêmes valeurs et souscrivent aux mêmes disciplines. Or force est de constater que ces dernières années, dans certains membres, l'État de droit et la démocratie ont été mis à mal. Les situations hongroises et roumaines ont entraîné une réaction de la Commission européenne. Mais celle-ci, parce que limitée, n'a pu résoudre toutes les difficultés. L'existence d'un véritable état de droit est la garantie du respect des règles de l'Union. Comment pourrait-on vouloir bénéficier de celles-ci si on ne les respecte pas soi-même. Le dispositif de contrôle et de sanction prévu par le traité doit être amélioré, mais la solution ne réside pas seulement dans la sanction, elle est dans une véritable mutation sociale. Aujourd'hui les déficiences d'un État dans ce domaine ont des conséquences dans les autres. Le refus de mettre en place de véritables politiques d'intégration sociale pour les Roms dans les États dont ils sont originaires conduit à exporter à travers une immigration croissante les difficultés vers les États voisins. L'incapacité à contrôler ses frontières expose les autres membres à une immigration clandestine incontrôlée. Et que dire des insuffisances d'un système judi-

ciaire national ! Tout l'espace de liberté, de sécurité et de justice repose sur la reconnaissance mutuelle des actes judiciaires. Cette reconnaissance est fondée sur la confiance réciproque et un mauvais fonctionnement de l'État de droit dans un membre détruit cette confiance et paralyse le système entier. Plus encore, pour accepter l'Union, les citoyens doivent avoir des preuves visibles du respect des règles par les autres sinon ils se détourneront de l'Union. Pourquoi les contribuables allemands accepteraient-ils qu'une partie de leurs impôts serve à secourir un autre État qui n'aurait pas un comportement financier responsable. Il ne peut y avoir de solidarité, c'est-à-dire de destin partagé sans un respect rigoureux des disciplines communes.

Mais cela ne veut pas dire que l'Union ne tient pas compte des spécificités de ses membres. Sur le plan juridique, elle doit respecter l'identité constitutionnelle de ses membres. Sur un plan politique, elle procède à la fois des légitimités nationales et de la légitimité commune que lui accordent les citoyens à travers les élections européennes. C'est ce que recouvre la notion de fédération d'États-Nations et sur le plan du processus décisionnel l'équilibre entre l'intégration et l'intergouvernemental. C'est tout le problème de la méthode employée pour construire l'Union.

Les débats sur la méthode à suivre pour réaliser l'union de l'Europe sont aussi anciens que la construction européenne elle-même.

Il convient de définir ce que l'on entend exactement par méthode communautaire et méthode intergouvernementale. Selon ses partisans, « la méthode communautaire "pure" correspond à un système où la Commission – institution représentative de l'intérêt général européen – détient le monopole de l'initiative législative [...] alors que le Conseil [...] et le Parlement [...] adoptent en codécision les lois européennes. Par ailleurs, le Conseil vote en règle générale à la majorité qualifiée, l'unanimité étant nécessaire pour amender la proposition de la Commission ». Il n'est pas besoin de définir la méthode intergouvernementale qui repose sur la coopération entre les États membres. Cette méthode s'est imposée dans des domaines où la nature des problèmes rencontrés par les États imposait une action commune, mais où la sensibilité politique des questions abordées interdisait toute intégration. L'expérience

montre qu'après un certain temps, la coopération entre États fait naître une confiance réciproque laquelle autorise une transition vers une méthode plus intégrée. Dans d'autres cas, le recours à la méthode intergouvernementale vient des limites imposées par les traités. La répartition des compétences entre l'Union et les États membres ne permet pas toujours de répondre aux exigences du moment. Ceci est particulièrement vrai en matière économique et sociale. Ni l'Union à elle seule, ni les États membres pris individuellement ne peuvent agir de manière efficace. Seule une action coordonnée est à la mesure des défis. Dans ces conditions, la coordination permet de définir des objectifs globaux que chacun mettra en œuvre dans le cadre de ses compétences. La stratégie de Lisbonne et la méthode ouverte de coopération sont des illustrations de ce phénomène et témoignent également des faiblesses d'un système qui repose largement sur l'absence de contrainte juridique à l'égard des États membres.

C'est ce que disait la Chancelière allemande lorsqu'elle définissait ce qu'elle qualifiait de méthode de l'Union. Il ne s'agissait pas de renier la « méthode communautaire », mais de montrer comment elle pouvait aller de pair avec la méthode intergouvernementale. Comme le déclarait le Président du Conseil européen, le choix n'est parfois pas entre la méthode communautaire et la méthode intergouvernementale, mais entre la méthode intergouvernementale et rien.

L'Union est tout entière fondée sur ce dialogue entre les institutions et les États qui conduit parfois à une intégration des politiques nationales dans le sein de l'Union et d'autrefois à une action commune des États.

Bien sûr, en raison des compétences limitées de l'Union en matière de politique économique, la gestion de la crise a été assurée pour l'essentiel par le Conseil européen, même si parfois comme en ce qui concerne la gestion de l'Euro ou la législation financière, la méthode intégrée a trouvé à s'appliquer.

Mais le déséquilibre entre le volet monétaire et le volet économique de l'Union a conduit certains à demander qu'intervienne une révision des traités. Faut-il vraiment entreprendre une nouvelle révision des traités pour permettre à l'Union européenne de

faire face aux défis qu'elle rencontre depuis le début de la crise de la zone euro ? C'était l'avis du président Barroso. Au contraire, le président van Rompuy a toujours manifesté une extrême prudence à cet égard et, comme il le déclarait à Londres le 28 février 2013 : « We are not witnessing the birth pangs of a federal 'Euro-land'. Changing the EU treaties is therefore not the priority ». Du côté des États membres, si la Chancelière allemande a fréquemment évoqué la question, il est difficile de savoir si cela relevait de la manœuvre politique ou correspondait à une priorité véritable surtout après la signature du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance de la zone euro. On connaît enfin les réserves françaises à cet égard.

Nous ne sommes plus à l'époque heureuse du « permissive consensus » où une réforme des traités pouvait être menée entre élites, la ratification étant acquise. Nous savons également que l'ouverture d'un processus de réforme permettra au gouvernement britannique, suivi vraisemblablement de quelques autres d'Europe centrale et orientale, d'exiger le « rapatriement » d'un certain nombre de compétences. Faut-il ouvrir la boîte de Pandore ? D'autant plus que le gouvernement britannique souhaite conserver le marché intérieur, mais ce marché n'est pas viable sans les politiques qui viennent le compléter comme l'environnement ou le social faute de quoi les distorsions de concurrence viendront fausser le marché. Et que dire de la cohésion ? On ne peut exiger de bénéficier du marché sans accepter la solidarité.

Ensuite, le débat sur les institutions de l'Union doit-il vraiment être placé au premier plan ? Après tout, celles-ci ne sont qu'instrument en vue de garantir le respect de valeurs communes et de permettre la réalisation d'objectifs partagés. S'agissant de la possibilité de gérer avec efficacité les politiques, la crise a permis des adaptations importantes et il n'est pas prouvé qu'il ne soit pas possible d'aller plus loin dans le cadre actuel. Toute perspective de révision devrait donc être appréciée en fonction de cet élément.

Avant de se lancer dans une opération complexe de révision des traités, ne conviendrait-il pas d'abord d'analyser soigneusement ce qui peut être encore accompli sur la base des traités existants ? Ceci permettra de situer la discussion au niveau qui

doit être le sien : vérifier l'adéquation du processus institutionnel aux objectifs prévus par le traité et non entretenir un débat académique. Ce que veulent en effet les citoyens, c'est d'être assurés que l'Union peut répondre à leurs inquiétudes actuelles. Compte tenu de l'état actuel de l'opinion, il est peu probable qu'aujourd'hui une adhésion majoritaire puisse se manifester au sein des États membres autour d'une révision du système institutionnel. L'expérience de la Constitution européenne le démontre à l'envi et l'état de l'opinion à l'égard de l'Union s'est largement dégradé depuis cette époque.

Les citoyens veulent que l'Union réponde à leurs inquiétudes lesquelles portent sur des thèmes concrets : la crise de l'euro, l'immigration, la compétitivité, l'énergie ... L'expérience des précédentes révisions montre que chacune d'entre elle s'est efforcée de répondre à des défis spécifiques : réaliser le marché intérieur, répondre à la chute de mur de Berlin... Faute d'un axe majeur, il est difficile de convaincre de la nécessité de réviser les traités.

Aussi avant d'envisager d'engager un processus long et compliqué, n'est-il pas souhaitable avant tout de s'efforcer d'obtenir des résultats faute de quoi quel soutien peut-on trouver en faveur d'un système inefficace. La priorité pourrait être avant d'évoquer l'hypothèse d'une réforme d'utiliser au maximum les outils disponibles actuellement pour répondre aux attentes des citoyens. Ceci est d'autant plus possible qu'à l'exception de l'Union économique et monétaire, les principaux problèmes tiennent plus au contenu des politiques qu'aux mécanismes institutionnels. Pour l'UEM, les progrès en ce qui concerne la gouvernance de la zone montrent qu'il est possible d'avancer pragmatiquement pour le moment.

Avant toute révision, l'Europe doit restaurer sa légitimité en montrant qu'elle peut améliorer la situation concrète des citoyens. Ensuite, s'il est établi qu'une réforme est nécessaire, la première étape consisterait à établir un consensus sur les objectifs et le contenu de celle-ci. Il appartiendra aux parlementaires, responsables gouvernementaux et universitaires d'ouvrir la discussion sur ces points et d'évaluer les différentes réformes possibles de manière à rapprocher progressivement les points de vue et d'en

nourrir le débat citoyen. Mais une telle démarche ne saurait être une excuse pour s'abstenir de répondre immédiatement dans le cadre actuel, et autant que faire se peut, aux attentes de l'opinion.

Avant de se lancer dans une nouvelle aventure « révisionniste », faisons fonctionner l'Union telle qu'elle existe dans le respect de ses règles et de la confiance mutuelle. Lorsque cette dernière aura été rétablie, il sera alors temps de s'interroger sur la nécessité ou l'utilité de nouvelles réformes. Pour le moment, l'urgence est de réconcilier les peuples avec les institutions en leur démontrant que celles-ci œuvrent pour améliorer leurs conditions de vie.

**II. ПРАВАТА НА ЧОВЕКА
И ГРАЖДАНСТВОТО НА ЕС СЛЕД ДОГОВОРА
ОТ ЛИСАБОН**

Европа на правата

Международна блиц-конференция

по случай Деня на Европа

в рамките на инициативите на Юридическия факултет

„Месец на Европейския съюз“

и „Дни на Страсбург в София“

и за представяне на двутомното издание на Софий-

ския университет „Права на гражданите на ЕС“

(автор Атанас Семов)

9 май 2013 г., Аула на Софийския университет



**Искусството да живеем заедно
въпреки различията и да споделяме отговорностите**

Думи на водещия доц. д-р Юлия ЗАХАРИЕВА

Здравейте и честит празник!

Уважаеми господин Заместник-декан на Юридическия факултет, проф. Русчев,

Юридическият факултет е домакин на това събитие, той навърши 120 години, както знаете, но продължава винаги да е с пулса на времето,

Уважаеми господин Председател на Конституционния съд,

Уважаеми господин Министър на правосъдието, възпитаник на Юридическия факултет и Директор на Института по правосъдието,

Уважаеми магистрати,
Драги магистри,
Скъпи студенти,

Имам отговорната задача да водя тази много важна и тържествена среща – научна конференция с международно участие, посветена на 9 май – Денят на Обединена Европа и официалният празник на ЕС.

Днес ще направим нещо оригинално и положително, като съчетаем отбелязването на тази светла дата и представянето на поредното обогатяване на поредицата “Студии по Европейско право” с премиерата на книгите на нашия колега, доктор на юридическите науки Атанас Семов.

1950 г. ще остане в историята с две събития. Едното е историческата пресконференция на Робер Шуман – на 9 май, в „Залата с часовника” на Министерството на външните работи на Франция, даже всички знаете, че е било в 4 часа следобед... Втората дата е 4 ноември, когато е подписана Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи.

На 9 май светът узна за този безпрецедентен нов проект за изграждане на Обединена Европа, на 4 ноември не само бяха провъзгласени основните права и свободи, но и бяха гарантирани реалните механизми за тяхната защита със създаването на Европейския съд по правата на човека.

Двете събития безспорно са различни: всяко със своите цели, със своите мащаби, със своята правна характеристика, но те през годините неизменно са били някак органически свързани. И това е така, защото не можем да говорим за обединена Европа, без да вярваме, че тя се гради върху демократичните начала и правата и свободите на човека, а също трудно бихме си представили гаранции на тези свободи извън европейското обединение.

Тази органична връзка има и друго измерение. И двете събития създадоха реални инструменти да овладяваме изку-

ството да живеем заедно въпреки различията и да споделяме отговорностите. Така че темата на нашата среща наистина е израз на тази органична връзка.

Вие знаете как е озаглавена нашата конференция: „Европа на правата: правни проблеми на присъединяването на ЕС към Европейската конвенция за правата на човека“. Темата е остро актуална и то не само защото 2013 година е година на гражданите в ЕС, а и защото правните проблеми на присъединяването на ЕС към Европейската конвенция са е една много сериозна провокация – и за доктрината, и за самите механизми, чрез които това трябва да се случи.

В началото на деловата ни работа ще предоставя думата на Министъра на правосъдието, за да открие международната конференция.

**Приветствие на г-н Драгомир ЙОРДАНОВ,
Министър на правосъдието
и Директор на Националния институт на правосъдието**

*Уважаеми професор Жаке, професор Беноа-Ромер и доцент Семов,
Уважаеми госпожи и господа,*

За мен е особена чест да приветствам участниците в конференцията „Европа на правата“ и с това да отправя и поздравленията си към вас по случай Деня на Европа!

Принципите на правовата държавност, основополагащи за Европейския съюз, продължават да бъдат водеща тема в международните отношения. Правова държавност без спазване на човешките права е оксиморон. И към днешна дата политическата идентичност на Европа се определя от Европейската конвенция по правата на човека (ЕКПЧ). Тя е най-важният институт за гарантиране на човешките права на над 800 млн. европейски граждани.

Жан Моне е казал: „Без хора нищо не е възможно. Без институции нищо не е трайно.“

Приближаването на ЕС до гражданите чрез придобиване на нов набор от права чрез гражданството в Съюза е регламентирано днес и чрез Хартата на основните права на ЕС. Като част от първичното право, Хартата има приоритет над националното законодателство на държавите-членки, макар и само когато те действат в обхвата на правото на ЕС (член 51). След приемането на Договора от Лисабон (в сила от декември 2009 г.), тя може пряко да се прилага пряко от Съда на ЕС и националните съдилища (член 51(1)). На практика Хартата осигурява на европейските граждани по-добро разбиране на правата им и установява стандарти за прилагането на съюзното право от европейските институции. Независимо от правния статус на Хартата, Договорът от Лисабон решава друг важен въпрос във връзка със защитата на основните пра-

ва – присъединяването на ЕС към Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи.

Конвенцията има собствен механизъм за прилагане и позволява на всяко лице, група от физически лица, неправителствена организация и дори стопански субект при определени условия да подадат жалба директно пред Европейския съд по правата на човека в Страсбург (ЕСПЧ). Конвенцията е задължителна за държавите-членки на Съвета на Европа, в момента 47 европейски страни, включително всички държави-членки на ЕС, Русия, Босна и Херцеговина, Сърбия и Черна гора.

Функционирането на Европейския съд по правата на човека показва необходимостта от инструментариум за гарантиране на правата на човека. Докато през 1992 г. постановените решения са 81, то през 2011 г. общият им брой е 41 145.

Успоредно с това, тенденцията на нарастване на броя на жалбите пред Съда в Страсбург постави и предизвикателство пред държавите-членки да изградят ефективни национални средства за защита.

С промени в няколко закона (Закона за съдебната власт и Закона за отговорността на държавата и общините за вреди) България създаде механизъм за обезщетяване на гражданите и юридическите лица в случаите на нарушаване на правото им на разглеждане и решаване на делата в разумен срок, който беше оценен като напълно адекватен на изискванията на Конвенцията от Комитета на министрите към Съвета на Европа.

Със съдействието на Националния институт на правосъдието бяха проведени специализирани обучения на магистрати за практиката на ЕСПЧ.

От 1 октомври 2012 г. до 31 март 2013 г. от Инспектората към ВСС в Министерство на правосъдието са постъпили общо 94 заявления. Към днешна дата (8 май 2013 г.) броят на основателните заявления е 21. В края на месец март тази година бяха подписани меморандуми за разбирателство между Съвета на Европа и българската страна и двамата командировани експерти встъпиха в длъжност в Секретариата на ЕСПЧ.

Тези мерки са част от **осъзнаването на отговорността на Министерство на правосъдието за еволюцията в обществения механизъм за защита на правата на човека.**

Употребата на Конвенцията като ориентир стана толкова обичайна, че съюзната юрисдикция в Люксембург започна пряко да препраща към практиката на ЕСПЧ. Това е от съществено значение за националните съдилища. България е избрала пътя на активен участник в този процес. Тя дава заявка за пълноправно партньорство при вземането на решения, които са от значение за европейските граждани. Убеден съм, че подобен подход е печеливш и всички, които го подкрепяме, ще докажем с усилията си, че защитата на основните права има своето място сред корпуса норми на първичното право.

Позволете ми още веднъж да поздравя Юридическия факултет на Софийския университет за организирането на поредната стойностна конференция и да пожелаая ползотворни дебати на всички участници!

Думи на водещия доц. д-р Юлия Захариева:

Благодаря Ви, г-н Министър. Вашето слово отново доказва, че именно възпитаниците на Юридическия факултет на Софийския университет трябва да имат запазено място в управлението на страната!

Сега предчувствам академична наслада – защото вече неведнъж в София имахме възможност да чуем живото и задълбочено слово на Почетния ректор на Университета на Страсбург и Директор на Академията по правата на човека във Венеция проф. д-р Флоранс Беноа-Ромер, която с огромно удоволствие каня на катедрата!

Особеностите на Хартата за основните права на ЕС



проф. Флоранс БЕНОА-РОМЕР

Директор на Академията по правата на човека – Венеция

Почетен ректор на Университета на Страсбург

Почетен доктор на Софийския университет

Член-кореспондент на Института по Европейско право – София

Господин Министър на правосъдието,
Господин Председател на Конституционния съд,
Господин Декан,
Дами и господа съдии,
Уважаеми колеги,

Благодаря Ви за милите думи, проф. Захаријева!

Аз наистина съм щастлива да вляза отново в тази красива аула на Университета! За мен е особено удоволствие да се връщам тук, където бях удостоена със званието Почетен доктор на Софийския университет „Свети Климент Охридски“!

Бих искала да благодаря и на г-н Атанас Семов за поканата и за поредната предоставена възможност да говоря за правата

на човека. Имах удоволствието да напиша предговор към неговото двутомно изследване, което представяме днес тук – и обхващащи защитата правата на човека и гражданството на Европейския съюз. Горещо ви препоръчвам тези два тома, защото смятам, че са особено ценни! Неслучайно авторът Атанас Семов стана носител на изключително престижната Катедра „Жан Моне“ на ЕС.

Денят на Европа е особено важен за нас, за 27-те държави-членки на Европейския съюз, тъй като в основата на европейското обединение е поставена защитата правата на човека, както Министърът на правосъдието припомни по-рано днес.

Както знаете, същата идея стои в основата на създаването на Съвета на Европа, организацията „Голяма Европа“ с участието на всички европейски държави, която се роди, за да бъдат защитени основните права, които бяха потъпкани по време на Втората световна война.

Европейското обединение, започнало като икономически процес, като обединение на икономическа основа, днес вече има ясни политически измерения и съществена част от това е именно защитата на правата на човека.

Още от 1989 г. Европейският парламент настоява да бъде приет материалноправен каталог, материалноправна уредба на основните права, която да гарантира тяхната ефективна защита в рамките на Европейския съюз. През 1989 г. Европейският парламент приема нарочна декларация, в която се предлага уредба на основните права – тя обаче няма правно обвързващо действие и въпреки че е отправена като препоръка от страна на ЕП към Междуправителствената конференция, остава без непосредствени правни последици.

След този първи неуспех на Европейския парламент да бъде постигнат в определена форма на материалното право уредба на основните права, се лансира идеята за присъединяване на Европейските общности тогава към Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи.

В своето становище от 1996 г. Съдът на Европейската общност определя обаче, че Европейската общност не разполага

с компетентност, за да бъде осъществено присъединяване без изменение на Учредителните договори и закрепване на съответно правно основание. Като последица от това произнасяне на Съда отново на дневен ред идва идеята за приемане на собствена материално-правна уредба, собствена Харта на основните права на ЕС. В съответствие с мандата, определен от заключенията на Европейския съвет, проведен в Кьолн през юни 1999 г., Хартата на основните права трябва да включва уредба по отношение на три категории права. От една страна класическите граждански и политически права; от друга страна основните права, гарантирани на гражданите в рамките на европейската интеграционна система; и на трето място уредба на социални и икономически права.

За изработването на проекта за такава харта е създаден специален Конвент, в който са включени представители на Европейския парламент, на националните парламенти и на правителствата на държавите-членки. Този Конвент има за задача до края на 2000 г. да приеме проект за Харта на основните права.

Хартата е изработена от Европейския конвент в съответствие с дадения му мандат, но когато тя се прокламира през декември 2000 г. в Ница, не е възможно да бъде гарантирано нейното правно обвързващо действие, поради което тя има естеството и действието на декларация, междуинституционно споразумение. И едва с Лисабонския договор Хартата придобива правно обвързващо действие, като става част от първичното право на Европейския съюз.

Днес Хартата има обвързващо действие, тя е задължителна за институциите на ЕС по отношение на упражняване на предоставените правомощия и приемането на актовете в рамките на тяхната компетентност, като същевременно обаче обвързва и държавите-членки, когато прилагат правото на Съюза.

Хартата съответно се прилага в рамките на съдебните производства – било Съда на Европейския съюз, било пред Общия съд, когато той разглежда като първа инстанция възложените му дела.

Защо е необходимо приемането на такава Харта на Европейския съюз? Според мен, за да бъде подчертано особеното значение, което имат основните права, като ценност, на която почива европейското обединение, като ценност, на която се основава Европейският съюз и която обединява държавите-членки в него.

Можем да приемем също, че Хартата на основните права е стъпка по посока на гарантиране на повече демократична легитимност на Европейския съюз в очите на гражданите на Европейския съюз, особено във време на социално-икономически затруднения, в каквото се намираме днес...

На следващо място Хартата има своето символно значение за отношенията на ЕС с трети страни и защитата на правата на човека като елемент на тези отношения. Вероятно знаете, че Европейският съюз е най-големият донор в световен мащаб в материята на защита на правата на човека. И ако Съюзът иска да бъде пример, да бъде водещ фактор в международните отношения, в частност по отношение на защитата на правата на човека, логична стъпка е той самият да приеме подобен акт и да даде съответните гаранции в защита на тези права в неговия правен ред. В същото време не трябва да забравяме, че Хартата беше приета в етапа на присъединяване към ЕС на значителен брой нови държави-членки от Централна и Източна Европа, и приемането на тази Харта беше и значим знак спрямо тях.

Необходимо е да се подчертае, че Хартата се характеризира с **оригинални особености, които я отличават от други съществуващи актове в материята на правата на човека**. Ще се спра на тези особености, които формират оригиналния характер на Хартата.

На първо място Хартата стъпва на един много важен принцип в материята на защита на правата на човека: принципът за неделимост на правата, гарантирани за всяка човешка личност.

По отношение на уредените в нея права Хартата не разделя, не разграничава от една страна граждански и политически права, от друга страна социални и икономически права.

Авторите на Хартата целят да отидат отвъд този подход, като да гарантират еднаква защита на всички основни права, независимо от тази позната класическа концепция в тяхната уредба, разделянето им на отделни категории.

Като оставя класическото разделяне на граждански, политически, социални, съответно, икономически права, Хартата стъпва на друг подход. Отделените основни права са обособени в отделни категории според техния предмет. Обособени са шест такива категории права: човешко достойнство, свободи, равенство, солидарност, гражданство, правосъдие. И ние можем да намерим и познатите ни граждански и политически права, и социално-икономическите права, разделени между тези групи права в Хартата. Можем да намерим в Хартата, разбира се, всички познати ни от Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи граждански и политически права.

Освен тях обаче в Хартата намират подкрепа и някои други граждански и политически по своя характер права, които изхождат от други международни правни инструменти или респективно са били предмет на уредба в правото на Европейския съюз, в Учредителните договори преди това.

Що се отнася до социалните и икономически права идеята, която Франция например отстояваше, беше в Хартата да бъдат включени възможно най-широк кръг от тези права. В същото време Обединеното кралство обаче имаше друга позиция, то се стремеше да сведе до минимум наличието на такива социално-икономически права и в Хартата по възможност да бъдат уредени само граждански и политически права...

Като компромисно решение и изход от тези противоречия съответно беше намерена една формула на разделяне на правата, които Хартата гарантира, на същински права и принципи.

От една страна същинските права са такива права, които гарантират на частноправните субекти определени конкретни възможности, да речем: защита от незаконно уволнение, право на колективно решаване на трудовоправни спорове, право на здравословна среда, право на безопасни условия на труд.

Ако говорим за правата-принципи, за разлика от същинските гарантирани от Хартата субективни права, те поставят определени изисквания, насочени било към съюзния законодател, било към законодателните органи на държавите-членки и оттам защитата на тези права би могла да се осъществи чрез оспорване на действителността на последващи мерки, които влизат в противоречие с така очертаните изисквания.

И така когато в Хартата е гарантирано например правото на здравословна околна среда или правото на ефективно равнище на защита на потребителите, едни или други мерки, приети в рамките на Европейския съюз, за които може да се докаже, че нарушават подобно общо изискване, могат да бъдат оспорени пред съответните съдилища.

Гражданите на ЕС вложиха **големи надежди** в Хартата на основните права, но бързо се проявиха и определени **разочарования**. Защо? Защото можем да кажем, че бяха наложени определени ограничения в приложението. Най-малкото Хартата има по-ограничено приложно поле от Европейската конвенцията за защита правата на човека и на основните свободи, приета в рамките на Съвета на Европа.

Член 52 от Хартата на основните права посочва, че тя се прилага по отношение на институциите на Европейския съюз и по отношение на държавите-членки, когато прилагат правото на Съюза.

Това породило определени разочарования. Може би защото гражданите очакваха, че Хартата ще се прилага във всички области на обществени отношения. Тя съдържа това изискване – предписанието, че е приложима тогава, когато държавите-членки приемат актове по прилагане на правото на Съюза.

И по отношение на този въпрос отново се проявява основното значение на Съда на ЕС в прилагането на правото на ЕС, тъй като ще трябва да бъде дадено тълкуване: какво точно определя член 52, какво точно е приложното поле на Хартата на основните права. И съвсем неотдавна в свое решение Съдът на ЕС постанови, че Хартата е приложима не само буквално, когато държавите-членки прилагат правото на Съюза, но ви-

наги в приложното поле на правото на Съюза, в приложното поле на Учредителните договори.

Така отново благодарение на юриспруденцията на Съда на ЕС ние имаме едно разширяване на приложното поле на този механизъм на защита, който представлява Хартата. **Гарантираните в нея права ще обвързват държавите-членки не само когато прилагат правото на Съюза, но винаги, когато е налице някакво отношение, попадащо в полето на действие на Договорите на Европейския съюз.**

... Това са основните елементи, които исках да отбележа накратко по отношение на Хартата на основните права – този значим инструмент на защита правата на човека в Европейския съюз. Тя предоставя достатъчно права и благодарение на решаващата роля на Съда ще открие нови перспективи в тази проблематика в рамките на Европейския съюз!

Думи на водещия доц. д-р Юлия Захариева:

Уважаеми колеги,

Няма модератор, който да не злоупотреби с катедрата. Така че аз сега ще си позволя и един личен коментар.

Миналият месец бях поканена от студенти да участвам в студентски семинар – студенти от втори курс, юристи и историци. По проект в Университета. И някой им беше казал, че аз много много отдавна се занимавам с проблемите на европейската интеграция. Единият от тях с такова едно подчертано любопитство в очите ме попита: „Бихте ли ни разказали за Вашата първа среща с проблемите на европейската интеграция.“ Всички се надигнаха и очевидно очакваха, че ще им кажа, че познавам лично Жан Моне. Навярно ги разочаровах, не го познавам лично...

Но затова пък първата ми среща с професор Жан-Пол Жаке е преди 16 години и то в много тежко време, 1997 година, в Колежа Европа в Брюж. Наистина беше тежко време. Едва по-късно „Право на ЕС“ стана задължителна дисциплина в програмата на юридическите факултети. Нищо си нямахме, нито имахме Наско, нито Христо, нито Станислав Костов, нито дори Спасчо. Учредителните договори даже ги нямахме на български език, а да не говорим за достъп до съдебна практика.

И ето в такова тежко време аз получих шанса да работя в Колежа Европа. И след първата лекция на професор Жаке аз се размечтах и си поисках на катедра в аудитория на Софийския университет да застане професор с капацитета и харизмата на проф. Жаке. И веднага се отрезвих и си казах – това е невъзможно, беше едва 1997 г. Оказа се обаче, че няма невъзможни неща, само че са необходими няколко фактора: енергията на Наско Семов, подкрепата на деканското ръководство, подкрепата на правителствени среди; подкрепата на лоялни партньори като Института по правосъдието, Дипломатическия институт, Института по публична администрация; разбира се, подкрепата на върховните съдилища, особено при старта, на върховната прокуратура. И в резултат на

тази комбинация се създаде Магистърската програма „Право на ЕС“. И вече лекциите на професор Жаке са си практика години наред. Така че можем да кажем, че той е наш професор, нали?

Тази магистърска програма освен, че ни дава възможност наистина да имаме пряк контакт с най-ярки имена от френската доктрина и от други европейски университетски центрове, но вие сами разбирате, че нашият екип непрекъснато се съизмерва с тях, което пък даде възможност наистина да се изгради един екип, който е добър. И Магистърската програма наистина действа по формулата: *„най-доброто от Европа, най-доброто от България“*. Съжалявам, че използвам една досадна реклама на търговска верига, но специално за нашата програма това е точно така. Така че имам огромното удоволствие да покания проф. д-р Жан-Пол Жаке!

Проблеми на присъединяването на ЕС към ЕКПЧ



проф. Жан-Пол ЖАКЕ

*Почетен генерален директор на Правната служба на Съвета
на ЕС*

Почетен ректор на Университета на Страсбург

Почетен доктор на Софийския университет

*Член-кореспондент на Института по Европейско право –
София*

Г-н Декан,
Дами и г-да съдии,
Уважаеми колеги,
Скъпи приятели,

За мен винаги е било удоволствие да идвам в София, за да говоря по въпроси на правото на Европейския съюз. Така е и днес!

Тук съм за да говоря за присъединяването към Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи по повод забележително изследване на Атанас Семов на тази тема.

След ясното изложение на проф. Беноа-Ромер относно Хартата на основните права, искам да привлека вашето внимание към три предизвикателства, които поставя присъеди-

няването на Европейския съюз към Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи.

На първо място това е опасността, която създава растящата икономическата и финансова криза, за ефективната защита на основните права, и в частност за ефективната защита на икономическите и социалните права. Една от ценностите, прокламирани в Договора за Европейския съюз, е **солидарността**. Солидарност не само между държавите-членки или между Съюза и държавите-членки, но също така и солидарността между човешките личности, която е в основата на всяко общество. Според мен мерките за финансова стабилност, наложени вследствие на кризата, рискуват да разрушат тази солидарност, защото те засягат, удрят най-вече най-бедните от нас, тези, които имат най-голяма нужда от солидарност. Ако всички сме съгласни, че преодоляването на икономическите затруднения изисква лишения, то мерките за преодоляване на тези затруднения не могат да имат за последица ерозия, разрушаване на гаранциите за правата и интересите на гражданите, каквито дават икономическите и социалните права, уредени в Хартата на основните права или произтичащи от Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи.

И затова **днес юристите трябва внимателно да помислят за необходимия баланс**, за необходимото равновесие между мерките, които трябва да гарантират преодоляване на икономическите и финансови затруднения от една страна и от друга страна запазването на ефективните гаранции за основните икономически и социални права. Това е нов по своя характер проблем, пред който се изправя юридическата гилдия.

Първите стъпки в тази посока вече са направени: Икономическият и социален комитет на ЕС например вече укори Гърция за това, че взе решение за намаляване с 20 % на пенсиите, като определи, че подобна мярка е непропорционална по своя характер. Конституционният съд на Португалия също така вече определи за противоконституционни някои

от структурните мерки, предприети в отговор на исканията на ЕС с оглед на финансова стабилизация на Португалия.

Ние сме в едно трудно поле, в което трябва да правим нови открития, но усилието е необходимо с оглед на второто предизвикателство, за което ще говоря сега.

Второто предизвикателство е свързано с това, че кризата извежда на преден план **крайни националистически екстремистки политически субекти**, за които историята показва, че когато имат възможност да се докоснат до властта, посягат не на икономическите и социалните права, а на гражданските и политическите права. Както вие вероятно знаете, Европейският съюз днес е силно притеснен, обръща особено внимание на внесените изменения в конституционната уредба на Унгария и на Румъния. Намаляването например на пенсионната възраст на магистратите с очевидна цел да могат да бъдат назначени удобни на определена нова политическа власт магистрати не зачита основополагащия принцип на независимост на съдебната система. Да ограничиш правомощията на един орган за контрол за конституционносъобразност само до това да се произнася относно спазването на установените процедурни изисквания по приемането на законодателни актове, без той да има възможността да разглежда тези актове по същество, да се произнася по съответствието на съдържащите се в тях материални разрешения с конституционната уредба, е несъвместимо с принципа на правовата държава. Да закриваш медии, информационни издания поради извършването на нарушения, или там, където има такъв вид юридическа отговорност, за престъпления срещу нацията или срещу републиката, по никакъв начин не се вписва в изискването за свобода на словото.

И точно поради тези причини Европейската комисия предприе действия срещу тези държави пред Съда на Европейския съюз за нарушаване на правото на Съюза.

Ясно е, че в Учредителните договори има **празнота**. Хартата на основните права е приложима само в полето на дейст-

вие на договорите, но няма обвързващо действие в други области на обществени отношения, които остават запазена компетентност на държавите-членки. Договорът предвижда възможността, ако една държава-членка нарушава правата държава и правата на човека, да бъде суспендирана като член на Европейския съюз. Това обаче е тежка процедура, която до сега никога не е прилагана и вероятно никога няма да бъде приложена, освен в изключително сериозен случай...

Затова преди около три месеца Председателят на Европейската комисия г-н Барозу лансира идеята за закрепването на някакъв по същество нов вид процедура на преговори, в която, без да се прилага процедурата по чл. 7 от Договора за Европейския съюз, се влиза в предварителни преговори между институциите на ЕС и съответната държава-членка, подозирана в засягане правата на човека и принципа на правата държава.

Да, в държавите-членки на ЕС са възможни различни тълкувания по отношение на едни или други основни права. Съдът на Европейския съюз вече се е произнесъл, че една държава може да ограничи прилагането на Правото на Съюза, ако в една конкретна хипотеза то би засегнало **конституционната идентичност** на тази държава. Така например в едно дело конкретно Съдът прие, че в Литва изписването на името на гражданин от полски произход може да бъде направено в съответствие с правилата на тази държава именно с оглед защита на нейната конституционна идентичност.

В друго свое решение (*Zein Witgenstein*) Съдът определи, че забраната да бъдат използвани благороднически титли в Австрия съответства на защитата на конституционната идентичност на Австрийската република, така, както е формирана към момента на създаването на Австрийската република.

На следващо място в Европа има държави, в които светският характер на държавата и разделянето на религиозната организация от публичната власт е конституционно прокламиран принцип, и други, в които дадена религия е определена като официална за съответната държава.

Да, различия са възможни, но съответно трябва да има определени ценности, които всички споделяме, в противен случай съюз няма как да съществува. И затова ние трябва да гарантираме, че разрастването, разпространяването на такива националистически, популистки, екстремистки тенденции няма да доведе до изтръгването на корените на защита правата на човека в Европейския съюз.

Третото предизвикателство, за което искам да спомена, е по-оптимистично по своя характер, става въпрос за **проблемите по присъединяването на Европейския съюз към Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи**. След две години преговори между ЕС и Съвета на Европа сякаш беше постигнато споразумение за това как да бъде закрепено присъединяването в съответния договор.

Основната причина, поради която се поставя въпросът за подписване на такъв договор, въпросът за присъединяване на ЕС към Европейската конвенция за правата на човека и основните свободи, е да се гарантира възможността частно-правните субекти да оспорват пряко пред Европейския съд по правата на човека съответствието на актовете на ЕС с гарантираните в Конвенцията права.

Няма никаква причина, поради която трябва да приемем, че един гражданин на Република България може да заведе дело срещу Република България за нарушаване на Конвенцията, а същевременно няма такава възможност що се отнася до Европейския съюз. *Не може, не трябва да има изключения в прилагането на Европейската конвенция в Европа!*

Проектът за споразумение предвижда присъединяване на Европейския съюз към Конвенцията по същество като следваща държава страна по Конвенцията...

В този проект за споразумение се предвижда излъчването по предложение на ЕС на съдия в Европейския съд по правата на човека, също както излъчването на парламентарна делегация в Парламентарната асамблея на Съвета на Европа. Европейският съюз ще има своя принос във финансовото осигуряване на Европейския съд по правата на човека. Европейската

комисия ще представлява Съюза в Комитета на министрите на Съвета на Европа в случаите, в които се решават въпроси, свързани с контрола на изпълнението на решенията на Съда. Има обаче **две съществени особености**.

На първо място, както знаете, актовете на ЕС се прилагат основно в държавите-членки, от държавите-членки. Непосредственото нарушаване на гарантирано от Конвенцията основно право всъщност в основния кръг случаи ще бъде осъществено от съответните органи в държавата-членка, които ще приложат правото на Съюза. В същност така се създава рискът частноправни субекти да внасят жалби, да искат осъждането на държавата-членка за нарушаване на Конвенцията, като всъщност ние ще сме в хипотеза, в която националните органи просто ще прилагат акт от правото на Съюза. За това в споразумението се предвижда възможността в една такава хипотеза **Съюзът да се присъединява солидарно като страна** по делото заедно с държавата-членка, при условия, при които Съюзът и държавата-членка представляват една страна в делото, спрямо която ще бъде постановено съответното решение на Съда в Страсбург и ще произтекат последиците от него.

Съответно ако делото е заведено срещу Европейския съюз възможност за присъединяване като съ-ответник ще има държавата-членка, когато смята това за необходимо. Това няма нищо общо с встъпването на трето лице в процеса, става въпрос за конституирането на Съюза и държавата-членка като една и съща страна в делото!

Следващият елемент е свързан с особеностите на правната система на Европейския съюз. Както вие вероятно знаете общо компетентният да решава споровете по прилагане правото на Съюза съд е националният съд. Съдът на Европейския съюз се намесва само в особени, предвидени в договорите случаи.

Ако националният съд се нуждае от произнасянето на тълкуване от страна на Съда на ЕС във връзка с висящо пред него дело, той разполага с механизма на преюдициалното запитване. Ако в хода на дело пред него, пред националния съд

възникне въпрос за нарушаването на Конвенцията от правен акт на Съюза, ако националният съд не е отправил преюдициално запитване, а е постановил, че счита, че не е налице нарушение, тогава ще бъде налице хипотеза, при която се приема, че условието за изчерпване на вътрешноправните средства за защита е осъществено и лицето ще има възможността да сезира Съда в Страсбург със съответния случай. Оттам всъщност възниква хипотеза, при която Европейският съд по правата на човека ще разглежда и ще се произнесе относно акта на правото на Съюза, без въпросът за съответствието на този акт с гарантираните основни права изобщо да е бил поставен да е поставен пред Съда на Европейския съюз... И с оглед на това в проекта за споразумение за присъединяване е предвиден механизъм, при който, след като бъде сезиран Съдът в Страсбург и преди той да се произнесе, както знаете това отнема години, въпросът ще може да бъде разгледан и решен от Съда на Европейския съюз. Ако Съдът в Люксембург се произнесе, че е налице нарушение, съответно ще отпадне необходимостта от произнасяне на Европейския съд по правата на човека. Ако обаче произнасянето на Съда в Люксембург е в противен смисъл, делото ще може да продължи пред Съда в Страсбург...

Това са основните, най-проблемните елементи на Споразумението за присъединяване. Да, има още много подробности, които са предвидени в него. Както знаете, за юристите обаче дяволът се крие именно в детайлите. Можем да се надяваме, че в срок от 2 години, преговорният процес, процесът по окончателното определяне на съдържанието ще приключи и съответно Съюзът, както всички свои държави-членки, ще бъде подчинен на контрола на Съда в Страсбург.

Монтескьо казва: „Всеки, който е носител на власт, е предразположен да злоупотребява с нея.”

Водещата на нашата конференция проф. Захаријева отбелязва, че всеки, който има възможността да предоставя думата, съответно, на когото е предоставена думата, има склонността да злоупотребява с установеното времетраене в изказването... Затова аз ще спра тук, като завърша с това, че проблема-

тиката за защита на основните права е толкова важна, както за Съюза, така и за държавите-членки, че дебатът, дискусията, разсъжденията върху нея не трябва да спират никога!

И понеже е празник, нека се пошегувам: купете си книгите на г-н Семов. Ако бяха на френски език, щях да си ги купя и аз. Най-малкото заради предговора на проф. Беноа-Ромер!...

Думи на водещия доц. д-р Юлия Захариева:

Ако това беше злоупотреба, да кажем: да живеят такива злоупотреби! Но мисля, че всички ние разбрахме колко е сложно, аз ви предупредих още в началото, какви предизвикателства представя за юриста въпросът, който е предмет на нашите анализи тук!

Сега трябва да ви представя следващия участник и това е Атанас Семов. Трябва ли да го представям подробно? Има ли човек в аудиторията, който се нуждае от такава информация? Разбира се аз много дълго мога да говоря за доцент, доктор на юридическите науки, носител на европейската виртуална Катедра „Жан Моне“, което е много висока оценка.

Ние с него сме заедно от 15 години. Съдбата така реши, че аз присъствам на всеки етап от неговата стремителна кариера, гордея се с неговите успехи, разбира се, от време навреме се хващам за сърцето, когато той реши да нарушава законите на гравитацията, защото му се случва. Но това, което вие ще видите във фоайето на аулата, е едно много важно доказателство, че когато човек се концентрира в тази област, в която е най-добър, резултатът винаги е великолепен.

Така че без повече приказки предоставям думата на Атанас Семов.

В правата на човека е събран целият драматизъм на ЕС

*Слово на доц. д.ю.н. Атанас СЕМОВ
Носител на Катедра „Жан Моне“ на ЕС*

Благодаря сърдечно на боговдъхновената Юлия Захариева! Трудно ще ми бъде да скрия, че се вълнувам пред тази препълнена зала. Няма по-голяма награда за един автор, за един оратор, от това да има правостоящи в залата, в която той се изправя...

Благодаря изключително силно на проф. Флоранс Беноа-Ромер, за прекрасните думи, които написа в предговора към моите книги, затова, че като ректор на университета в Страсбург подкрепи нашите усилия да направим тази програма преди 7 години и за изключително силната лична подкрепа и приятелство, които ми дадоха куража да си мисля, че **и наизток от Виена можем да правим сериозна европейска наука.**

Благодаря много силно и на проф. Жаке, който отново показа със своето слово днес пред вас защо дълги години беше главен юрист на ЕС.

И аз ще си позволя да споделя нещо с вас: след като преди няколко години проф. Флоранс Беноа Ромер получи тук отличията на Почетния доктор на Софийския университет, сега подготвяме решение, което ще бъде обсъдено във Факултетния съвет на Юридическия факултет и внесено в Академическия съвет за удостояване с почетното звание „Доктор хонорис кауза на Софийския университет“ и на проф. Жан-Пол Жаке!

Аз съм им безкрайно признателен, че те станаха член-кореспонденти на Института по европейско право, който ръководя близо 10 години, защото това ни даде самочувствието да можем да издаваме и собствена, и преводна европейска литература в партньорство с някои от най-големите европейски издателства, макар че и досега страдам от факта, че

първият учебник по Европейско право, който преведохме, и който студентите най-много обичат и до днес, е учебникът на проф. Жаке – страдам защото заради него не се продават нашите издания...

Особено ми е усещането днес на тази конференция да се да до автори, които обикновено цитирам в бележки под линия в трудовете си. Това е едно особено усещане, то е малко по великденски превъзбудено усещане. Когато цитираш един автор, не можеш да си позволиш да седнеш ей така до него. И аз затова съм им безкрайно благодарен, че тези две огромни светилина на европейската наука избраха именно тук и да отбележат Деня на Европа – в София, в аулата на Софийския университет!

Благодаря сърдечно на Драгомир Йорданов, за това, че ни подкрепя и днес като Министър на правосъдието, и като Директор на Института по правосъдие. Той е петият министър, който подкрепя тази програма от създаването ѝ. Радвам се, че тук е и четвъртият от тях, д-р Диана Ковачева, вече лектор в програмата.

Благодаря много сърдечно за подкрепата на нашите усилия и за моята собствена наивност, че може да се прави сериозна наука с малко пари или почти без пари, на деканите на Юридическия факултет: проф. Димитър Токушев, който днес е Председател на Конституционния съд и е в залата, след него на проф. Тенчо Колев, на сегашния декан, проф. Сашо Пенев, и на заместник-декана, проф. Иван Русчев, който също е тук.

Не мога да не изразя благодарност за това, че тук отново до мен е моята учителка, най-ярката интелектуалка на днешна България, госпожа Гергина Тончева, която наскоро получи най-високото отличие на Софийския университет за българи – Почетния знак със синя лента „Свети Климент Охридски“.

През ум не ми минава да държа академични слова, включително защото изтече времето на конференцията и е време за чаша вино. Но трябва да споделя, че тези два тома са книгата, която писах най-дълго досега, повече от 15 години. Така се случи, че именно по Гражданство на ЕС беше най-тежкият

ми изпит при проф. Мутон в Нанси през 1997 г. След това на конкурсния изпит за асистент по „Право на ЕС“, Гергана Грънчарова, сега Паси, изтегли темата „Гражданство на ЕС“. С тази тема станах асистент във факултета. Използвам повода още веднъж да благодаря на Юлия Захаријева, за това че ме взе за свой асистент, простете ѝ този грях...

Когато преди около две години приключи политическото ми оглупяване, се върнах отново с огромна страст към науката и се нахвърлих с голям хъс на тази изключително актуална тема, защото разбрах, че повече от всичко друго ми се пише. Това може би звучи странно на по-младите колеги в аудиторията, които може би са вече пообъркани от станалата модерна представа, че има смисъл да се прави само онова, което носи пари. Ще си позволя да им споделя, че **няма смисъл да си скот, ако не си Фицджералд...**

Казвам го в присъствието на голямата нашата журналистка Мери Акрабова от „Гласът на Америка“ във Вашингтон, която е тук също.

15-те години, които посветих на тези две книги, всъщност преминаха през желанието ми всъщност да напиша само една книга за гражданството на ЕС, но нямаше как вътре да няма една глава за правата на човека – тема, от която винаги съм бягал, тема, за която не съм се чувствал подготвен. Но когато започнах да пиша тази глава от 20-30 страници и видях колко проблемна е тази материя, неусетно се получиха 350 страници и станаха отделен том.

И си позволих да напиша тези 350 страници с много критичен тон. Защото мисля, че точно в тази материя – правата на човека, Хартата, присъединяването към Конвенцията – е събран във фокус **целият драматизъм на ЕС днес, за да не кажа цялата му обърканост и дори лицемерието му**. Защото ЕС направи Харта, която да може да бъде нарушавана, и тръгна за пореден път да се присъединява към Конвенцията за правата на човека, твърдейки, че член 6-ти на Договора след Лисабон предвижда задължение за такова присъединяване, но ето вече 42 месеца това задължение не е изпълнено и предстои да видим дали сега този проект, който най-сетне е

подготвен след близо година безделие или очакване, ще получи подкрепата на Съвета на министрите и необходимите ратификации.

Всъщност боя се, че ЕС обяви 2013 година за година на европейските граждани, но ЕС страда много тежко не толкова от икономическата криза, колкото от липсата на лидерство. **Европа никога не е имала толкова слаби политически лидери, колкото има днес...**

Болезнено очевидна е липсата на голяма европейска идея в Лондон, в Рим, за съжаление и в Берлин, боя се даже и в Париж. И затова Европа страда. Защото днес тя трябва да си отговори на много болезнения въпрос: има ли смелостта да бъде пълноценен съюз на суверенни държави, като все повече ограничава суверенитета им в някои важни сфери, или ще продължи тази превземка, която видяхме и с Договора от Лисабон – хем да искаме по важни въпроси друг да взема решенията вместо националните правителства, хем националните правителства да се опитват да си запазят периметъра на влияние, някак за да си запазят самочувствието, че все още имат тежест.

Видяхме го болезнено и по времето на Ширак и Шрьодер, виждаме го и сега. Разбира се, през ум не ми минава да държа политически речи, макар че вторият том на книгата е посветен на нещо политически много важно – гражданството на ЕС и свободното движение на работниците, на хората в по-широк смисъл. Това е ядрото, сърцевината, най-дълбокият смисъл на европейската интеграция, гаранцията за нейния успех.

Но се получава така, че **днес консуматорското самодоволно общество и даже някои короновани особи искат да ни откажат именно това право – и то точно на нас, българите**, които много преди тях имахме собствена държавност, собствена азбука и златен век доста преди европейския Ренесанс, и точно на нас, които през XIV-XV век с мъжествената си съпротива защитихме Европа от османската инвазия, и които днес сме ù необходими на същата тази Европа, и тя ни прие за член, именно за да бъдем защитен пояс срещу най-голямата опасност за Европа – новата ислямизация.

Мисля си, че именно в тази посока трябва да говорим и да мислим, в контекста на усилията си да направим, както сподели това като важна задача и Министър-председателят Марин Райков, който е патрон на програмата сега: да мислим, за да направим едно успешно българско председателство на ЕС през 2018 година, което, уверявам ви, далеч не е толкова далеч.

Накрая ще завърша даскалски. Позволявам си да поканя всички вас настоятелно на лекциите на проф. Жан-Пол Жаке утре през целия ден, от 10 ч. сутринта до 13 ч. и след това от 17.30 ч. нататък в 272 аудитория; и в събота на лекциите на проф. Флоранс Беноа-Ромер; както и на 21 март, вторник, когато тук ще гостува делегация от 17 съдии и генерални адвокати от Съда на ЕС в Люксембург, в 16.00 ч., в зала 224, зала „Америка за България“.

Защото присъединяването ни към ЕС няма особен смисъл ако не умеем да късаме плодове от най-високите дървета на европейския интелект, каквито са Жан-Пол Жаке и Флоранс Беноа-Ромер.

И ако щете, защото ние така работим – под девиза: „Можем каквото правим“. Благодаря ви!

И пак за Хартата за основните права на ЕС



*Лекция на
проф. Флоранс БЕНОА-РОМЕР
Софийски университет, май 2013 г.*

Добър ден на всички! Благодаря Ви, че сте дошли в тази съботна сутрин! Благодаря и за поканата на г-н Семов да бъда отново тук и да говоря за Хартата на основните права на Европейския съюз, проблематика, която той познава по-добре от мен... За мен беше чест да напиша предговора към неговата книга за Хартата на основните права, която е много комплексна и задълбочена книга и да напиша предговора беше удоволствие..

Моята презентация на екрана е на английски език, за да ви провокира, за своеобразна умствена гимнастика при преминаването от английски на френски, а след това на български език...

Ще се опитам накратко да представя най-важните проблеми, свързани с прилагането на Хартата на основните права на ЕС **(I)** и присъединяването на ЕС към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи **(II)**.

I. Особености на Хартата за основните права.

1. Нека първо да видим **защо беше необходимо да се приеме Харта на основните права на Съюза.**

От много време говорим за необходимостта от подобна Харта, още от 80-те години в рамките на Общностите. Първоначално ставаше дума за един проект, който беше подкрепен от Европейския парламент, но никога не се осъществи. Европейският парламент успя да приеме само една резолюция, декларация под формата на резолюция, която, разбира се, няма правнообвързваща сила и остана без правни последици. Междуправителствената конференция, която се проведе година по-късно в Рим, не я възпроизведе като правен акт. Тази конференция трябваше да ревизира Учредителните договори, да подготви един по-завършен правен акт. И когато Съюзът не успя да изготви собствена Харта, собствен акт, се мина към идеята той да се присъедини към съществуващия правен документ – Европейската конвенция по правата на човека от 1950 г.

Още от първия пряко избран Европейски парламент през 1979 г. тази идея за присъединяване на Общността (тогава още нямаме Съюз) към Конвенцията, е идея, която непрекъснато и настоятелно се поставя за обсъждане.

Както знаете добре, в началото на 1990 г. се подготвя и проект за присъединяване на Общността към Конвенцията, който е изпратен на Съда на Европейските общности за предварително становище за съобразеност с Учредителните договори. И в своето знаменито становище Avis 2/94, постановено през 1996 г., Съдът определя, че правото на Европейските общности не позволява присъединяване към Конвенцията. От това становище на Съда се подразбираше ясно, че за да се осъществи присъединяване към Конвенцията, е необходимо предварително да бъдат изменени Учредителните договори. Но за подобно изменение така и не се намери воля чак до Договора от Лисабон, двайсет години по-късно...

Така пътят за присъединяване на Общността или после на Съюза към Конвенцията остана затворен за десетилетия до

Договора от Лисабон, който предвиди изрично в член 6 на Договора за Европейския съюз задължение за присъединяване на ЕС към ЕКПЧ.

Доколкото обаче до Лисабон това не беше възможно, Съюзът отново се върна към идеята за собствена Харта...

2. Няколко причини за създаването на Хартата могат да бъдат посочени. Първата от тях е желанието Европа да бъде изградена не само като икономически проект, но и като политически и като социален субект. Една политическа и социална Европа, основана на общи ценности, на споделени ценности, сред които на първо място, разбира се, правата на човека.

Втората причина е необходимостта и осъзнатото желание да бъде засилена легитимността на Европейския съюз като правов съюз. Ние, бедните граждани на Европейския съюз, всъщност сме в много голяма степен далеч от всичко, което се случва в Брюксел, от дейностите на Съюза, от т. нар. „брюкселска бюрокрация или технокрация“ и тъкмо затова бе необходимо да се създаде един подобен каталог, който да помогне, да приближи гражданите до Съюза, каквато беше и визията на Декларацията от Лаакен. Изключително важно беше да има именно такава Харта, която да дава директни права на европейските граждани, основни права, защитими пред национален съд, не просто икономическите права, които съществуваха по-рано...

Третият аспект е свързан с необходимостта от утвърждаване на правата на човека в световен мащаб. Европейският съюз имаше разгърнатата практика, когато сключва международни споразумения (дори търговски!) с трети страни, в тях изрично да предвижда т. нар. „клауза за права на човека“, която му позволява да прекрати, да суспендира всеки такъв договор, ако насрещната страна не защитава или в нея не са защитени правата на човека. Разбира се, много рядко се стига до прилагането на подобна клауза, тъй като Европейският съюз все пак държи да запази добри отношения със своите партньори и само в отделни случаи относно малки държави в Африка се е налагало подобно използване на клаузата за

суспендиране на договора. Но след като Съюзът налага подобни изисквания към своите партньори, беше естествено и необходимо самият той да разполага със собствен вътрешен каталог на основните права.

Следващата причина беше, че подготовката на Хартата се осъществи през 2000 г., когато бъдещото разширяване с нови 12 държави вече беше сигурно, предстоящо и беше много важно Съюзът да даде знак на тези държави, че те се присъединяват към едно пространство на гарантирани основни права, което означаваше, че самите те трябва безусловно да ги зачитат в максимална степен.

3. Самата Харта беше изработена като текст през 1999 – 2000 г. от един **специфичен форум, наречен Конвент**. Този Конвент изразяваше двойната легитимност на европейския процес: от една страна националната легитимност чрез участието на представители на националните парламенти и националните правителства; а от друга страна европейската легитимност чрез участници от Европейския парламент и Комисията. Участваха 15 представители на правителствата на 15-те тогава държави-членки, 16 членове на Европейския парламент и 30 представители от националните парламенти отново на 15-те стари държави-членки, както и двама членове на Европейската комисия.

И този екип трябваше да извърши една изключително тежка работа, разбира се, подпомаган от експертен екип, в рамките на който основната тежест изнесе проф. Жан-Пол Жаке, който подготви редица от текстовете на Хартата и в голяма степен текста на т. нар. „разяснения“ към Хартата.

Хартата беше **прогласена през 2000 г. под формата на междуинституционно споразумение** на Парламента, Съвета и Комисията. Това обаче не беше достатъчно, за да има тя правна сила, поради което се наложи нов кръг преговори, в рамките на които британците наложиха своите специфични изисквания. Първо, включиха в Хартата редица нови трансверсални разпоредби (днес от член 50 нататък), засягащи общото съдържание на Хартата, което иначе не се измени,

и настояха тя да бъде подписана отново през 2007 г. и отново под формата на междуинституционно споразумение между Парламента, Съвета и Комисията.

Междувременно се направи, както знаете, неуспешен опит да се приеме Конституцията за Европа през 2004 г., в която Хартата беше неделима част. Конституцията обаче не влезе в сила – включително и по причини, които вашият преподавател Атанас Семов доста смело е анализирал в своите трудове... – и се наложи отново да се мисли за друго решение. Предвид негативните резултати на референдумите за Конституцията във Франция и Холандия се наложи да се мисли за нов договор, който да премахне всички елементи, които биха могли да напомнят за формална конституция, и в частност този каталог на основните права...

Както знаете, във всяка Конституция, както и в българската, има текстове относно основните права на човека – и в преамбюла, и в основните разпоредби.

С Договора от Лисабон се избира друг подход. Самият договор не включва Хартата в Учредителните договори, но в член 6 на ДЕС се предвижда изрично, че Хартата, приета отделно като междуинституционно споразумение, има **същата правна сила**, като Учредителните договори.

И така днес Хартата има правна сила като първичен източник, задължителна за институциите на Съюза и за държавите-членки, винаги, когато действат в приложното поле на Правото на Европейския съюз.

Разбира се, Хартата се прилага от националните съдилища и от Съда на Европейския съюз, който действа паралелно с националните съдилища в материалите на предоставена компетентност.

След като дълги години се налагаше Съдът на ЕС да използва Хартата само като източник на вдъхновение, само като референтен източник, сега, след като тя вече е правен акт от 1 декември 2009 г., Съдът в една сравнително изобилна практика, т. е. много често, се позовава на Хартата като правен източник, който обвързва субектите на правото на Съюза.

4. Една от най-съществените особености на Хартата е, че тя не следва познатото преди това разделение между граждански и политически права от една страна и социално-икономически права от друга страна. Както знаете, в механизма на Съвета на Европа имаме Европейската конвенция за правата на човека, която закрепва граждански и политически права и отделно Европейската социална хартата, която урежда социално-икономически права. Хартата на Европейския съюз ги разглежда заедно.

Подходът на Хартата е нов! В Хартата правата са групирани в 6 групи според ценностите, които защитават, така, като те са посочени и в чл. 2 на Договора за Европейския съюз (ДЕС). И в тези 6 категории социално-икономическите права са смесени с гражданските и политическите, не са разграничени, както в другите източници.

Следваща много съществена особеност на Харта е, че **тя не създава нови права**, тя кодифицира основни права, закрепени в други различни източници.

На първо място това са права, закрепени в Европейската конвенция за правата на човека от 1950 г. или в Европейската социална харта – това са все договори, по които всички държави-членки на Съюза са страни. Или пък съдържа права, които са закрепени в самото право на Европейския съюз, в ДЕС и ДФЕС. Поради изключително категоричното настояване и съпротива на британците Хартата да не разширява компетенциите на Съюза, да не му предоставя нова власт в сферата на правата на човека, и в частност в социалните права, на много места и в Хартата, и в Договора изрично се подчертава, че **тя не създава нови права**.

Както ще видите обаче дори и правата, които са възпроизведени от Европейската конвенция, са понякога изменени, адаптирани към новите социални и технически реалности от последните пет десетилетия, шест дори, и редакцията им не е същата като в Конвенцията.

5. Сега предстои да разгледаме някои от най-съществените специфики, свързани с прилагането на Хартата.

5.1. На първо място член 51, който очертава **приложното поле**.

Един от най-големите проблеми във връзка с действието на Хартата беше свързан именно с нейното приложното поле, в кои случаи тя ще се прилага. И затова се наложи към основния текст на Хартата да се приложи точно този член 51, който да даде ясен отговор на въпроса къде и кога се прилага Хартата.

Член 51 посочва пределно ясно, че Хартата обвързва институциите на Европейския съюз: органите, службите, агенциите, но и държаните-членки с уточнението, че държавите-членки са длъжни да прилагат Хартата, да се съобразяват с нея само в случаите, в които действат в приложното поле на съюзното право, т. е. когато държавите-членки приемат мерки по изпълнение на съюзни правни източници.

Това, което се оказа трудно за обяснение, е, че Хартата няма приложение в материите, които са запазена компетентност за държавите-членки и в този смисъл тя не се налага над цялото национално право. Тя не се прилага във вътрешното право на държавите-членки, а се прилага само в рамките на съюзното право, което, вярвам всички добре знаете, не става част от вътрешното право.

Както е известно от практиката на Съда в Люксембург и в частност от делото *ERT*, държавите-членки носят отговорност за всички случаи на нарушаване на основните права, когато действат в рамките на съюзното право, т. е. когато нарушават правото на Съюза.

В една сравнително по-скорошна практика от декември 2011 г. по делото *NS срещу Държавния секретар на Вътрешния департамент*, Съдът определя по тълкувателен път, че Хартата на основните права ще се прилага и в случаите, в които националните власти имат свобода на преценка относно прилагането на съюзното право, например, при транспониране на директиви.

Изключително съществено решение, съвсем отскоро, от м. февруари 2013 г., е решението по делото *Акерберг* 617/2010, в което Съдът развива разбирането за приложно поле на Правото на Европейския съюз и респективно за приложно поле

на Хартата на основните права. В това дело, както и в практиката си преди това, Съдът постепенно разширява разбирането за обхват, за приложно поле на Хартата, и по тълкувателен път разширява значението на чл. 51 на Хартата. Най-просто казано, еднозначно е потвърдено, че **винаги когато има приложение на съюзното право, има приложение и на Хартата за основните права.**

В това дело, което е важно да се познава, и може да бъде намерено на сайта на Съда и на български език, разбира се, освен че ясно очертава волята да разбира разширително понятието за приложно поле на Хартата, Съдът разглежда много интересна конкретна хипотеза за подадена фалшива данъчна декларация от г-н Акерберг. За това свое нарушение той носи отговорност пред шведския съд. Преди да стигне до съд обаче, той вече е бил наказан с глоба от данъчната администрация в Швеция. И въпросът, който възниква пред шведския съд и който той отправя преюдициално към Съда в Люксембург, е въпрос за това дали разпоредбата на член 50 на Хартата, която закрепва принципа *non bis in idem* или право на всеки да не бъде съден или наказван два пъти за едно и също престъпление, ще намери приложение и по конкретното дело, след като той вече е бил наказван веднъж. Въпросът е уместен, очевидно става дума за материя, която на пръв поглед не е в обхвата на съюзното право.

По този повод Съдът дава разширително тълкуване, казвайки че *правата, гарантирани от Хартата, следва да намират приложение във всички правни хипотези, които биха могли да имат отношение към правото на Европейския съюз или са уредени от право на Европейския съюз.*

Въпросът е доколко санкционния механизъм относно нарушенията, свързани с данъка върху добавената стойност (ДДС), е материя, в която има съюзна компетентност, има съюзно право. На пръв поглед като че ли няма връзка между съюзното право и тази материя.

Съдът обаче приема, че такава връзка има, като изхожда в аргументацията си от съюзната директива за механизма за събиране на данъка върху добавената стойност. А също и

от разпоредбата от Учредителния договор, която задължава държавите-членки да вземат всички необходими мерки, за да гарантират ефективното събиране на ДДС на своята територия – държавите трябва да вземат всички необходими мерки, за да се борят с измамите при събирането на ДДС. Знаете, че част от всеки събран ДДС влиза директно в бюджета на Европейския съюз. И разбирате, че ако тази концепция продължи да се прилага, а след м. февруари 2013 г. няма съмнение, тя ще позволи всъщност едно много чувствително разширяване на покритата от Хартата правна територия във всяка държава-членка, на обхвата на Хартата.

Нека разгледаме накратко някои важни аспекти на правата, закрепени в Хартата, и на принципите, които тя съдържа. Тъй като една голяма част от вас са се запознали с нея, макар тя да е издадена на български език единствено в тази книга на г-н Семов. Разбира се, има я в Интернет...

Въпрос от залата относно прилагането по чл. 51: Как се разбира обхватът на приложното поле на съюзното право? Ако са налице материци, които са от компетентност на Съюза, но Съюзът бездейства, няма приложение на съюзното право, няма приложена мярка, попадат ли те в приложното поле, ако на практика няма приложение от страна на Съюза?

Много съществен и важен въпрос е този, който поставяте. Привидно лесният отговор е „не“. Но този отговор може да бъде оспорен. Щом има предоставена компетентност на Съюза, това е в обхвата на съюзното право, независимо дали Съюзът е приел разпоредба или не. Ние тук говорим вече за поширокото разбиране, за разширяване извън тесния смисъл на правото на Европейския съюз. Ще видите, ще има много такива дела в Люксембург, където Хартата неизбежно ще има приложение и по наказателни дела...

5.2. Следвайки философията и фразеологията на член 2 на ДЕС отделните дялове на Хартата имат същото наименование и последователност, и естествено първият от тях е „**Достойнство**“, една ценност на Съюза съгласно член 2 от изключително голямо значение за европейския процес. В са-

мата природа на Европейския съюз е да се гарантира мирът и да се направи невъзможно повтарянето на кошмара от Втората световна война. И в тази посока естествено място заема член 1 на Хартата.

В тази материя обаче неизбежно, естествено се появяват и някои нови права, резултат от развитието на човечеството, като например, необходимостта да се забрани репродуктивното клониране, освен, разбира се, забраната на робството, трафика на хора, принудителното третиране на хората, други нови елементи, като забраната на евгенетичните практики или използването на човешкото тяло като източник на печалба. Разбира се, в тази материя, както добре знаете, е важно не само това, което текстът казва, но и понякога и това, което текстът не казва.

Така например в буква „г“ на чл. 3, § 2 е забранено репродуктивното клониране на човешките същества, но нищо не се казва за клонирането с терапевтични, с лечебни цели, от което следва, че то не е забранено. И това е така, защото в тази материя не беше постигнато съгласие: британците разрешават терапевтично клониране с медицински цели, Франция го забранява. Не знам как е в България...

Други интересни особености са свързани с това, че разпоредбите на Хартата отразяват и социални промени, не само промени в техниката, в организацията на живота, но и промени в състоянието на обществото.

Много типичен пример в това отношение и член 9 относно **правото на брак**. Вече доста възрастната Европейска конвенция за правата на човека от 1950 г. предвижда в своя член 12, че право да сключат брак и да създадат семейство имат един мъж и една жена. А член 9 на Хартата не казва същото. Закрепва същото по смисъл право, но вече с друго съдържание. И тук има две много съществени новости. Първо, формулировката изобщо не се занимава с пола на участващите в тези граждански връзки. Това могат да бъдат мъж и жена, двама мъже, две жени, както е разрешено в редица държави, включително във Франция съвсем отскоро. И второ, прокарана е очевидна разлика между правото да се сключи брак и правото да се създаде

семејство, разбирај, без брак. И както, разбира се, може да се предположи, тази распоредба многу изнерви ревностните католици, поляците, които заради неа настояваха да се предвидат възможности да не се прилагат еднакво всички распоредби във всички држави. Поляците казват: „Какво е тоа безобразие, за какво ни е тази Харта, която разрешава склучването на брак между хомосексуални!“ На Междуправителствената конференция в работниот екип им се отговаряше: „Не, тя не го разрешава, просто не го забранява“ ...

Друг интересен пример е член 7 односно **защитата на личниот и семејниот живот**. Той е аналогичен на член 8 на Конвенцијата, където обаче става дума за заштита на личниот, семејниот живот и заштита на кореспонденцијата... През 50-те години, кореспонденцијата, както знаете, е епистоларна, писмовна. И тогава авторите на Конвенцијата не са можели дори да си представят какви нови технички средства за обмен на информација и друго боравене с информација ще се појават след години. И в Хартата вече формулировката е не „кореспонденција“, а по-общо: „заштита на личниот живот, семејниот живот, жилиштето и тајната на неговите соопшенија“, както е преведено на български.

Друга съществена промяна в разбирањето за некои основни правни принципи виждаме в член 50, за којто стана дума, којто закрепва принципот: *non bis in idem*. Според ЕКПЧ този принцип забранява едно лице да биде осудено два пати за едно и също престъпление в една и съща држава. Закрепен в член 50 на Хартата обаче този принцип вече дејствува в рамките на целиот Съюз, т. е. лицето да не може да биде осудено два пати за едно престъпление в различни држави. Разширението е значително...

Има и права в Хартата, които са **формално нови**, очевидно нови, како например, правото на добра администрација, биоетичните права, правата, свързани с биоетиката и ново поколение социални права...

5.3. Социалните права, както стана дума, намират място во всички дялове на Хартата. Дори в дял втори „Свободи“,

където е нормално да очакваме да видим само граждански права, откриваме и права, които могат да бъдат определени като социални, като правото на образование, избор на професия и труд по член 15, стопанска инициатива, собственост...

Поради много специфичните традиции на британското право, в което социалните права имат доста ограничена и особена защита, британците прокарват това свое виждане и по отношение и в Хартата и категорично се противопоставят тя да защитава социални права, социално-икономически, най-вече трудовите, разбира се...

Точно на другия полюс са французите, които настояват пък Хартата да бъде изпълнена с максимално количество социални права, за да се покаже, демонстрира и гарантира, че Европейският съюз е и социален съюз. Включително и с търсеното внушение, че в Европейския съюз трудовите права са по-добре защитени, да речем, отколкото в нашия икономически конкурент САЩ.

В крайна сметка обаче тази битка англичаните общо взето я загубиха чрез една законодателна хитрост. Тази хитрост се изразява в прокарването на **разграничение между защитителните пред съд права и правата принципи...**

Първата категория включва права, които са достатъчно конкретни, за да могат да бъдат защитени пред съд, да могат да бъдат приложени от съд. Например не е такова право правото на здраве. Защото не можеш да отидеш при съдия и да че кажеш: „Господин съдия, болен съм от рак, направете нещо, защитете правото ми да съм здрав“. Но годно за защита по съдебен ред е правото на защита срещу незаконно уволнение...

И Хартата очевидно съдържа една цяла серия от такива достатъчно конкретни и годни за защита по съдебен ред социално-икономически права!

Отделно от това обаче има други разпоредби, които закрепват **принципи**. Самите тези разпоредби не са годни за пряко прилагане от съд. Не можеш да поискаш от съда да черпиш субективни права от тези норми-принципи, но те имат приложение пред съд като референтна норма, т. е. всеки може да иска отмяна на съюзен или национален правен

акт по изпълнение на съюзна правна норма, когато противоречи на някой от тези принципи. Т. е. самият принцип не поражда права, но правопораждащите актове не могат да му противоречат.

Типичен пример за такива разпоредби, които закрепват принципи, ангажиращи законодателя, а не предоставящи субективни права на гражданите, са член 37 и член 38 относно задължението за високо равнище на опазването на околната среда и за защитата на потребителите. Вижте формулировката в член 38: „В политиките на Съюза се осигурява високо равнище на защита на потребителите.“ Очевидно това е принцип, а не субективно право.

Член 35 например урежда закрилата на здравето: „При определянето и осъществяването на всички политики и действия на Съюза се осигурява висока степен на закрила на човешкото здраве“, казва второто изречение на член 35. Ако например ЕС приеме някакви разпоредби, с които разрешава някои хранителни добавки, които обаче са вредни за здравето, то всеки би могъл да атакува този правен акт на Съюза пред съответния съд, да речем, Общия съд или големия Съд (в зависимост от това дали ищецът е частно лице или не) и да иска да бъдат отменени тези разпоредби, този правен акт като противоречащи именно на член 35 на Хартата. Т. е. тези норми-принципи не са неефективни, не са лишени от правна сила. Те позволяват да бъде съборен, да бъде отменен всеки правен акт на Съюза, всяка норма, която им противоречи!

Може да се приеме, че нормите-принципи са индиректно, косвено приложими пред съд. За съжаление в тези 40 месеца от действието на Хартата няма достатъчно практика на Съда в Люксембург...

Както казваше Томас Джеферсън: „Всеки американец трябва да има Конституцията в джоба си“. И затова, когато направихме Хартата, я направихме в удобен за носене джобен формат, но за съжаление това е старото издание на първоначалната версия на Хартата от Ница от 2000 г., която после беше малко променена във варианта, който сега познаваме, който влезе в сила...

6. Нека разгледаме и друг много съществен въпрос – **връзката между закрепените в Хартата права и други инструменти в сферата на правата на човека и в частност Европейската конвенцията за правата на човека (ЕКПЧ).**

Една от много съществените особености на Конвенцията, правена преди повече от 60 години, е, че всяко право, което тя закрепва като основно право, е съпроводено с правила и възможности за неговото ограничаване. Примерно по отношение на свободата на изразяване – възможност тя да бъде ограничавана по съображения за обществен ред и т.н.

В Хартата подходът е принципно различен, няма подобни ограничения в разпоредбите относно отделните права, но това не означава, че не са възможни ограничения на основните права при определени условия. Напротив, изрично е предвиден **член 52 на Хартата**, който посочва, между другото, че всяка разпоредба трябва да се тълкува в светлината и по начина, по който е уредена в друг източник. Например § 3 казва, че когато Хартата съдържа права, съответстващи на правата, гарантирани от Конвенцията, то тези права имат същия смисъл и обхват, респективно същите ограничения, каквито са предвидени в Конвенцията. Особено важно е последното изречение на член 52, § 3, в което се казва, че тази разпоредба не пречи правото на Съюза да предостави по-широка защита.

7. Много важен е и **член 53**, защото той е озаглавен „Степен на закрила“ на български език, или още **клауза за неотстъпление**, за минимално равнище. Член 53 определя, че никоя разпоредба на Хартата не може да ограничава или накърнява права или свободи, които са признати от правото на Съюза, от конвенциите, по които Съюза или държавите са страна, и изрично е посочена Конвенцията за правата на човека от 1950 г. Така във всички случаи ЕКПЧ се разглежда като един минимален праг, едно минимално равнище на защита, под което не може да се слиза по отношение на правата на човека, нито в Европа на 27-те – Съюза, нито в Европа на 47-те, колкото са страните членки на Съвета на Европа, страни по Конвенцията.

И именно в този смисъл трябва да се разбира споменатият преди малко член 52, § 3 *in fine*, че този минимален стандарт не може да бъде нарушаван, но Съюзът може да отиде по-нататък, може да създаде по-висок стандарт, както прави с тази Харта, като включва някои социални и икономически права, които са непознати на Конвенцията, или ново поколение права, които отчитат днешните отношения.

По-нататък, другата граница, другият праг, който Хартата зачита, е свързан с **националните конституции**. Някоя разпоредба от Хартата не може да нарушава гарантирани от националните конституции права.

Това е разпоредбата на § 4 на член 52, във връзка с която вече имаме от м. февруари 2013 г. интересно и важно решение на Съда в Люксембург по делото *Мелони* (С399/11). По това дело се поставя много интересно въпросът за това как да се съчетаят зачитането на конституционните правила и принципи, гарантирано от § 4 на член 52, с принципа на примат на съюзното право над националното, произтичащо от практиката на Съда.

Защото формално погледнато този § 4 на член 52, позволява да не се прилагат разпоредби на Хартата, които противоречат на основни конституционни принципи на една държава-членка, но това противоречи наглед на принципа на примат, според който съюзното право има примат над националното включително над конституциите на държавите-членки.

Съдът потвърди през 2013 г., че върховенството, приматът на съюзното право не може да бъде нарушен по силата на национални конституционни разпоредби, каквито и да са те, дори отнасящи се за основите права. Правата, гарантирани в Хартата, трябва да се прилагат с предимство пред националните конституции, което не означава да не се прилага § 4, а да се чете стеснително, защото в § 4 се казва: „тези права трябва да бъдат тълкувани в хармония с конституционните традиции“. Това е изключително важно ново произнасяне на Съда, самото виждане е старо...

Но имайки предвид друга практика на Съда в Люксембург и изричната разпоредба на член 4 на ДЕС, ако Хартата зася-

га основни конституционни принципи, ако засяга конституционната идентичност на държавата, то тогава тази разпоредба на Хартата няма да се прилага. Член 4 на ДЕС изрично прогласява, че Съюзът зачита конституционната идентичност на държавите-членки.

Спомнете си решението от 22. 12. 2010 г. на Съда по делото *Витгенщайн* срещу Австрия, по което се постави именно този въпрос за конституционната идентичност. По това дело Съдът признава, че приматът отстъпва, т. е. съюзното право няма да има примат над онези разпоредби, които са свързани с националната конституционна идентичност, като той си запазва правото да преценява кои са тези разпоредби. По това дело става дума за една германска гражданка, Фон Витгенщайн, осиновена от благородническо семейство и искаща да има правото да носи тази благородническа титла, която да се съдържа в името ѝ – фон Витгенщайн.

В Австрия обаче всички благороднически титли са забранени и нещо повече: това е конституционен принцип на забрана на всякакво неравно третиране на гражданите, включително по линия на благороднически титли. Принципът за равенството на гражданите пред закона е основен конституционен принцип, поради което австрийските власти отказват да признават благородническата титла, респективно представката във фамилното името „фон“ Витгенщайн. Съдът в Люксембург е сезиран с преюдициален въпрос от съответния австрийски съд, пред който е заведено дело по този повод. Преюдициалният въпрос е следният: дали подобен отказ от страна на австрийските власти да признаят в пълнота едно име и титла, напълно законно придобити в друга държава-членка, в случая – Германия, не представлява нарушение на правото на свободното движение на лицата. И дали подобно непризнаване на част от името на лицето не представлява нарушаване на права, гарантирани от Хартата, както и въпросът за съотношението между основната свобода на Европейския съюз – свободата на движение – и правата, гарантирани от Хартата.

И малко изненадващо за мнозина отговорът на Съда в Люксембург е, че подобно непризнаване на част от името наистина представлява нарушаване на правото на свободно движение, но то е допустимо, доколкото се налага, за да бъдат зачетени основни принципи на конституционната идентичност на държавата, за която става дума, в частност Австрия. От неговото решение произтича, че мерките на австрийските власти, макар формално да нарушават правото на свободно движение, са оправдани, доколкото са мерки по прилагане на принципи на австрийската конституционна идентичност, които Съюзът е длъжен да зачита.

8. Следващият кръг много съществени въпроси, които ще разгледаме, са свързани с **т. нар. клауза *opting out*, или възможност за изключения** по отношение на Полша, Обединеното кралство и евентуално Чехия. Тази проблематика е предмет на уреждане в изричния Протокол № 30 към Учредителните договори, във вашето издание стр. 629. Цената на участието на някои държави в преговорите и в крайна сметка на ратификацията на Лисабонския договор и Хартата с него беше те да могат да получат такива клаузи *opting out*. И техният аргумент беше, че предвиждането на подобна възможност за неприлагане на някои разпоредби на Хартата в тези държави ще улесни ратификацията от тези държави.

Проблемът е голям най-вече във Великобритания, която не иска да допусне по никакъв начин не само създаването на нови права, но и създаването на нов режим на защита на социално-икономическите права. Британските граждани трябва да знаят, че продължават да имат същия обем социално-икономически и предимно трудови права, защитими по същия ред, както преди влизането в сила на Хартата.

Може да се спори дали ставаше дума само за повод или за действителна причина за полската съпротива, но поляците се хванаха за разпоредбата относно правото на брак с твърдението, че неуточняването на пола на сключващите брак или създаващите семейство позволява и даже стимулира сключването на хомосексуални бракове. И това беше силен аргу-

мент поляците да настояват там да имат *opting out*, право на изключение. В резултат другите държави се съгласиха Полша и Обединеното кралство да получат подобен механизъм на изключения, който условно може да бъде наречен механизъм на изключение, или клауза *opting out*, това не е типична клауза, ще видим защо.

След подробен преамбюл Протоколът съдържа два кратки текста. Член 1 на Протокол № 30 изрично определя, че Хартата не разширява възможността Съдът на Европейския съюз или който и да е друг правораздавателен орган в Полша и Обединеното кралство да преценява сам дали националните правни разпоредби в съответните държави са несъвместими с основните права, свободи и принципи, потвърдени в Хартата. Тази разпоредба определя, че не се разширява компетентността на Съда на Европейския съюз, но тя не се и намалява, тя си остава такава, каквато е, т. е. тази разпоредба не ограничава компетентността на Съда в Люксембург...

Параграф 2 на член 1 доуточнява по-специално, че нито една от разпоредбите на дял IV на Хартата „Солидарност“ не създава защитими по съдебен ред права, приложими в Полша и Обединеното кралство, ако те не са предвидени в съответното полско или британско национално законодателство. Иначе казано по никакъв начин не разширява националното законодателство, не включва нова материя.

Разпоредбата на чл. 2 на Протокола дава още някои гаранции на Полша и на Обединеното кралство, като определя, че когато разпоредба на Хартата се позовава на националните закони и практики, тази разпоредба се прилага в двете държави само доколкото съдържащите се в нея права и принципи са признати в законодателството или практиката на съответната държава.

И всъщност нямаше как да не възникне въпросът: тогава какъв беше смисълът да се прави тази Харта, щом щеше се окаже в такава степен неприложима в две от големите държави-членки на Съюза Полша и Великобритания и защо те се толкова против, при положение, че става дума за базови

принципи на правата на човека, които са необходими на Съюза като пълноценен правопорядък?

Всички очаквахме с огромен интерес кога и как Съдът в Люксембург ще има повод да разтълкува този Протокол № 30, който е част от Учредителните договори, т. е. първичен източник.

Съдът получи повод да направи това по цитираното дело *NS срещу Държавния секретар на Вътрешното министерство* от декември 2011 г. Съдът прие, че Хартата не разширява компетентността на Съюза, в частност на Съда на Европейския съюз, включително по отношение на Европейската конвенция за правата на човека, на която Хартата се основава.

Това, че Хартата **не разширява компетентността на Съюза**, е прогласено неколкостранно в самата Харта, а и в Договора за Европейския съюз в член 6 и се смята за безспорно. Но Съдът намира повод да каже, че Протокол № 30 относно Полша и Обединеното кралство не ограничава по никакъв начин компетентността на Съда и респективно приложимостта на Хартата в Полша и в Обединеното кралство. И Съдът изрично се основава на две от съображенията на Преамбюла на Протокол № 30.

Доколкото Хартата потвърждава 6-то съображение на Протокол № 30, тя само потвърждава признатите права, свободи и принципи, като ги прави по-ясни, без да създава нови права или принципи, без да разширява компетентността на Съда.

А анализирайки третото съображение в Преамбюла относно член 6, Съдът установява ясно, че съдилищата на Полша и Обединеното кралство са длъжни да прилагат и тълкуват Хартата при стриктно съответствие с предвидените в член 6 на Договора за Европейския съюз пояснения, т. е. не могат да отклоняват приложението...

Тези две съображения 3 и 6 от Преамбюла дават основание на Съда да заключи, че няма основание да се счита, че Хартата няма да се прилага в Полша или в Обединеното кралство, че тези две държави ще бъдат освободени от приложение на Хартата или на някои разпоредби.

И на практика с решението си по това дело *NS срещу Държавния секретар на Вътрешното министерство* Съдът **лишава от правни последици, от ефект член 1 на Протокол № 30**, като казва, че няма основание Хартата да не се прилага в Полша и в Обединеното кралство. Става дума по-конкретно за разпоредбите в дял IV „Солидарност“.

Затова този Протокол № 30 трябва да се разглежда като нещо като клауза *opting out*, но не истинска такава клауза, не истинска възможност за изключение, за дерогация, за неприлагане, тъй като виждаме, че и Съдът на практика не допуска неприлагане. Съдът деликатно пренебрегва смисъла на Протокол № 30.

И колкото и да е странно дори Камарата на лордовете в ролята си на Върховен съд във Великобритания споделя, приема подобно виждане на Съда. Самата Камара на лордовете преди година-две, че Протокол № 30 не е нищо повече от едно тълкувание, едно разяснение на Хартата, което доизяснява разпределението на компетенциите между Съюза и държавите-членки, без да ограничава приложението на Хартата.

Това е вече официалната позиция на Обединеното кралство, че не става дума за клауза *opting out*, т. е. за възможност за неприлагане, и че Протоколът не трябва да бъде разглеждан в такава светлина, в такъв смисъл.

9. Следващият много важен кръг проблеми, на които ще се спрем, е свързан отново с прилагането на Хартата.

Тук става дума не толкова за правни проблеми, както досега, колкото за практическото осъществяване, съобразяване на Хартата от европейските институции при изпълняването на политиките на Съюза.

Механизмът на контрол е малко променен. Комисията е длъжна да гарантира, че всеки правен акт на Съюза, или поне всеки правен акт, за който тя внася проект, а това са почти всички актове, е съобразен с Хартата, и е длъжна да посочи това и в мотивите на акта.

На 19 ноември 2010 г. Комисията издаде едно съобщение относно правилата, които трябва да се спазват от съюзните

институции за зачитане на Хартата във всички съюзни правни актове. Става дума за един текст на Комисията, който цели да засили културата на защитата на основните права в институциите на Съюза, като задължава всеки функционер, когато подготвя даден правен акт на своята служба, на своя орган, да има предвид преди всичко и да се съобразява с основните права, както са закрепени в Хартата.

Нещо повече, това съобщение, по-късно допълнено от друго още по-детайлно, позволява да се осъществява анализ за съответствието на всеки правен акт с Хартата. Вътре се предвижда механизъм, според който винаги, когато Комисията подготвя законопроект, проект за правен акт, който тя внася в Съвета и Парламента или само в Съвета, тя задължително осъществява по този механизъм на предварителен контрол за съобразност на всички разпоредби на проекта за бъдещ акт с Хартата.

От своя страна Съветът и Парламентът, които приемат финалния акт и могат да внасят изменения, също са длъжни в своята работа да осъществяват такъв постоянен контрол за всяка разпоредба на бъдещия акт – дали е съобразена с Хартата като цяло, дали не нарушава някоя от разпоредбите на Хартата.

Това съобщение на Комисията се нарича „Съобщение за стратегия за осъществяване на действия по зачитане на Хартата“. И вътре се предвижда включително и принцип на нулева толерантност към държавите-членки, които нарушават или не спазват Хартата. В това съобщение Комисията заявява категоричната си воля да следи дали държавите нарушават Хартата и съгласно своето правомощие по чл. 258 на ДФЕС винаги да започва процедури срещу всяка държава, която нарушава или не спазва Хартата на основните права, като това представлява нарушение на правото на Съюза, което Комисията е длъжна да преследва, в частност Комисарят по правата на човека Вивиан Рединг.

След обявяването на това съобщение на Комисията и много категоричните позиции на Комисаря Вивиан Рединг, Франция беше много притеснена, че ще има дела срещу нея

заради осъщественото от Правителството, назначено от Президента Саркози, групово експулсиране на български и румънски роми от Франция, предимно от Париж, към Румъния и България, и насилственото разрушаване на техните незаконни катунни в парижки паркове, което, разбира се, представлява тежко нарушение на правото на свободно движение на лицата, доколкото те са пълноправни граждани на Съюза.

Много скандален и грубо противоположен беше начинът, по който бяха осъществени мерките срещу тях. Първо по най-унизителен начин им бяха предлагани пари, за да си купят самолетни билети и да си ходят, бяха извозвани до летищата. Те си купиха самолетни билети, прибраха се и отново се върнаха във Франция... Освен това принудително бяха разрушавани катуните, багажите им бяха извозвани до България и Румъния...

Вивиан Рединг надигна много силно глас в защита на правата на тези граждани: че те са граждани на Съюза, че имат основни права, че подобно третиране е напълно недопустимо и даже заплашваше, че ще заведе дело, ще започне необходимото производство срещу Франция за нарушаване на правото на Съюза.

За доброто на Франция и за съжаление от гледна точка на правата на човека, Франция тогава имаше Президент, който много добре боравеше с думите, господин Саркози се срещна с Председателя на Комисията, господин Барозу, успя да го омае и да го убеди да не се започва подобна процедура. Госпожа Рединг замълча и не задвижи процедурата...

Другият интересен пример е свързан с Унгария, където правителството на Виктор Орбан прокара в Парламента серия от промени в Унгарската конституция, за някои от които Европейският съюз смята, че нарушават основните права на човека. Една от промените например беше предвиждането на един своеобразен „медиен съвет“ в Унгария, който да контролира публикациите в медиите. В този съвет мнозинството от членовете са депутати от мнозинството в Парламента, формално една проправителствена структура, което представлява очевидно грубо нарушение на основните права и на самата

идея за демократични свободи. Друга разпоредба в Конституцията, която шокираше Европейския съюз, е свързана с възможността правителството да се освободи от всички възрастни или ангажирани със службите на комунистическия режим съдии в съдебната система на Унгария, като бъдат принудително пенсионирани на 62 години. Идеята е те да бъдат заменени от по-млади съдии, назначени сега от мнозинството на Орбан. Едно подмладяване на магистратурата, осъществено обаче по политически начин, което застрашава принципа за независимост на съдебната власт. Другият аргумент на Вивиан Рединг да критикува тези промени беше свързан с това, че по този начин се осъществява дискриминация на основание възраст. В този конкретен случай беше осъществена досъдебната процедура и след това беше заведено дело пред Съда на Европейския съюз, който констатира нарушение от страна на Унгария, нарушение на принципа за недискриминация на основа възраст, нарушение, изразяващо се в неспазване на една от директивите на Европейския съюз относно заетостта и правото на труд. Комисията все пак се старае да изпълни своята заплата, заложена в съобщението за стратегията, но засега го постига с променлив успех...

Можем да бъдем и разочаровани затова, че не станахме свидетели на по-решителни мерки от страна на Европейския съюз, а именно задвижване на уникалната процедура, предвидена в член 7 на Договора, която позволява при заплаха за накърняване от една държава на основните ценности на Съюза по член 2 Съветът да приеме препоръки, а по-късно и да наложи санкции, да спре някои членствени права на съответната държава-членка, процедура, която беше задвижена срещу Австрия преди десетина години, за участието в Правителството на Йорг Хайгер от крайната десница.

Една подобна процедура с препоръка до Унгарското правителство би била много уместна, защото би показала на всички държави в ЕС, включително на по-младите демокрации, че всяко засягане на основните демократични принципи и на правата на човека в Европейския съюз, независимо как е мотивирано, е недопустимо.

Парламентарната асамблея на Съвета на Европа беше посмела и в хода на обсъжданията по този въпрос даде ясно да се разбере, че би могло да се стигне до изключване на Унгария от Съвета на Европа за подобен тип нарушение на основните права.

През 2012 г. Комисията прие ново съобщение във връзка с механизма за осъществяване на стратегията за прилагане на Хартата. И в това съобщение изрично се подчертава категоричното намерение на Комисията да следи при осъществяването на политиките на Европейския съюз да се спазва изискването за зачитане на човешките права, в частност достойнството по отношение на емиграцията, по отношение на ромите, правото на достъп до съд, насърчаването на равното третиране и в частност все още големият проблем за насърчаване и гарантиране на равенството между мъжете и жените.

Все още продължава да е налице различие в заплащането на мъже и жени за един и същи вид дейност. Този проблем намира изрично разрешение в член 23 на Хартата, озаглавен: „Равенство между мъжете и жените“, където се гарантира принципа на равенство и изрично се подчертава „включително по отношение на заетостта“ – достъпа до работни места, по отношение на труда – условията на труд и възнаграждението.

Именно благодарение на усилията на феминистките движения (и то в добрия смисъл, не примитивно представени само като красиви украинки, които се събличат голи по определени поводи, за да протестират, а борбата на сериозни обществени и граждански организации за защита на правата на жените), се постигнаха тези два резултата: да се споменават първо жените после мъжете и изрично да се споменат тези три аспекта: достъпа до труд, условията на труд и възнаграждението.

И отново огромна става задачата на Съда на Европейския съюз, който не веднъж еднозначно е заявил своята воля да гарантира **равното третиране на жените и мъжете**.

Докато бях Ректор на университета в Страсбург, се налагаше да участвам в заседания на Ректорския съвет към Пра-

вителиството, включващ всички ректори на университети. Когато отидох за първи път, останах шокирана от факта, че бях единствената жена ректор. Когато се представяхме и коментирахме кой с какво се занимава и аз казах, че съм специалист по правата на човека, това предизвика сконфузен и леко ироничен смях...

Комисията се ангажира във всяка от политиките, във всички мерки в максимална степен да се включи защита на правата на човека. Тя води дела срещу държавите. Необходимо е **да се осъществява съдебен контрол**, първо от страна на националните съдилища спрямо националните актове и отделно от страна на съюзния съд – както спрямо съюзните правни актове, така и спрямо държавите-членки, които или не осъществяват контрол, т. е. не санкционират, или самите те нарушават.

Европейската комисия всяка година представя доклад пред Европейския парламент относно прилагането на Хартата – от една страна как се спазва Хартата от съюзните институции, в съюзното законодателство; от друга страна – как се спазва в държавите-членки, като прави и един анализ на националното законодателство, прието в рамките на съответната година по прилагане на съюзното право, където в приложното поле на Хартата, държавите са длъжни да я спазват.

Изрично е създадена **Агенция по правата на човека към Европейския съюз**, която има различни функции: да подпомага държавите и съюзните институции, но и да осъществява анализи, да събира статистическа информация, която предоставя на Комисията за нейния доклад.

II. Проблеми на присъединяването на ЕК към ЕКПЧ

Благодаря Ви, скъпи студенти, че сте тук и в неделя! Немислимо е да накарам студентите в Страсбург да дойдат в неделя на занятията...

Днес ще направя кратко представяне на проблематиката, свързана с **присъединяването на Европейския съюз към Конвенцията по правата на човека**.

1. Както добре знаете, още от 1979 г. се говори за **необходимостта от присъединяване** на Европейския съюз към Европейската конвенция по правата на човека от 1950 г. Знаете също много добре за изключително знаковото и важно Становище на Съда на Европейските общности (Становище 2/94 от 1996 г.) „Присъдата“ на Съда в Люксембург беше категорична: „Европейската общност (тогава) няма компетентност да се присъедини към Европейската конвенция по правата на човека. Учредителните договори не предоставят правно основание за сключване на договор за присъединяване на Общността като страна към Конвенцията“.

Не можехме и да очакваме друго становище на Съда в Люксембург по онова време, тъй като едно подобно присъединяване на Съюза към Конвенцията би означавало Съдът в Страсбург да има контрол над произнасянията на Съда в Люксембург. Позицията е ясна: присъединяване към Конвенцията е възможно само след като се направят необходимите изменения в Учредителните договори.

За такива изменение обаче политическа воля не се намери до средата на миналото десетилетие, когато Конституцията за Европа от 2004 г. вече предвиждаше подобно правно основание, но тя пък не влезе в сила, така че то стана факт едва с Договора от Лисабон през 2009 г. Новата редакция на член 6 на Договора за Европейския съюз, направена с Лисабонския договор, предвижда изрично присъединяване на Съюза към Конвенцията, и го предвижда **не като възможност, а като задължение** на Съюза, без място за каквото и да било колебание. Текстът е: „Европейският съюз се присъединява към Конвенцията“.

От друга страна обаче остана проблемът за самата Конвенция. Тя е направена като договор между държави и трябваше да бъдат направени и в нея изменения, които да позволят и на една организация да се присъедини към Конвенцията. Това беше направено чрез Протокол 14 към Конвенцията, който изрично предвижда присъединяването на Съюза.

2. Първата задача е изпълнена: правната рамка е налице: член 6 на ДЕС от една страна и Протокол 14 към Конвенцията от друга страна създават необходимата юридическа основа за осъществяването на присъединяването. **Второто необходимо действие** е да се осъществят успешни преговори. Единният проблем е в самата Конвенция да се предвидят нови разпоредби в Конвенцията, уреждащи специфичните условия на членство на субект като Съюза, различен от държавите. Единният възможен е начин за изменения на Конвенцията е познатият и многократно използван начин чрез протокол към Конвенцията, имаме вече 14 протокола плюс два, които се подготвят. Предпочетен беше обаче друг подход – да се сключи **споразумение за присъединяване**, договор.

Това е договор между държавите-членки на Европейския съюз от една страна и държавите-членки на Съвета на Европа, страни по Конвенцията, от друга страна. Преди беше възможно, но днес не е възможно една държава да бъде член на Съвета на Европа, без да е страна по Конвенцията. Всички държави-членки на Съвета на Европа, днес общо 47, са и страни по Конвенцията. Този Договор за присъединяване урежда необходимите изменения в Конвенцията, урежда положението на Европейския съюз на член на Съвета на Европа и позволява членството да се породи, да стане факт, без да е необходимо Съюзът да депозира ратификационни документи, както се изисква за държавите.

Преговорите по подготовката на това споразумение започнаха през лятото на 2010 г. За целта беше създадена работна група от 14 експерти, включваща седем експерта, представляващи държавите-членки на Европейския съюз, и други седем, представляващи останалите двайсет държави, членуващи в Съвета на Европа, но не и в Европейския съюз, като Русия например. През м. април 2013 г., съвсем наскоро (след известно замразяване от близо година), приключи работата по един междинен проект, който беше подготвен и беше представен за окончателно одобрение от специалния орган – Директората по правата на човека към Съвета на Европа, т. е. буквално преди дни (през април 2013 г.) преговорите приключиха.

Преговорите приключиха, но това изобщо не предполага да надаваме радостни и победни викове, че този десетилетен процес най-сетне е приключил, тъй като процедурата въобще не е приключила и ще са нужни още няколко години, преди присъединяването да стане факт. Проектът ще бъде внесен в Парламентарната асамблея на Съвета на Европа за одобрение. От своя страна Европейската комисия е задължена с мандат от Съвета на министрите да внесе проекта в Съда на Европейския съюз за ново консултативно становище. Както добре знаем, Съдът на Европейския съюз е доста резервиран към подобно присъединяване, той вече не би могъл да се противопостави принципно, тъй като има изричен тест в Договора за ЕС, който прави присъединяването задължително, но би могъл да постави нови изисквания, нови условия...

Ако или когато Съдът в Люксембург даде своето положително становище, проектът за споразумение ще бъде внесен в Комитета на министрите на Съвета на Европа, за да подготвят споразумението за подписване от държавите-членки на Съвета на Европа, които са и страни по Конвенцията.

След това има още няколко етапа: от страна на Европейския съюз проектът трябва да бъде одобрен от Европейския парламент и да се вземе решение за сключването на такова споразумение от името на Европейския съюз от Съвета на министрите с единодушие, след което вече 28 държави-членки на ЕС ще трябва да го ратифицират, както и останалите 19 от Съвета на Европа, които не членуват в ЕС. И на всеки от тези етапи могат да възникнат проблеми: юридически, политически, процедурни и трябва да очакваме отгук нататък още пет години преди да видим крайния резултат.

Достатъчно е дори една държава член на Съвета на Европа, която не членува в Европейския съюз, да се противопостави, за да се попречи на подобно споразумение, така, като Русия се противопостави единствена на Протокол № 13, който предвиждаше изключително важна реформа на Съвета на Европа и блокира години наред вече този процес.

3. Защо е толкова важно Съюзът да стане страна по Конвенцията за правата на човека? Логичен е въпросът за какво ни е това присъединяване след като Съюзът вече разполага със своя собствена Харта, със свой собствен каталог на основните права, който гарантира висока степен на защита.

За мен, като човек, който безусловно защитава правата на човека, няма съмнения, че отговорът остава положителен, че присъединяването е необходимо по няколко причини.

Една от причините е необходимостта Европейският съюз като правова общност също да бъде подчинен на външния контрол на Съда в Страсбург, така, както е подчинена всяка правова държава, всички членуващи в Съюза, и на практика всички европейски държави, с изключение на една-две.

Това, което е уникално и решаващо за успеха на системата на правата на човека в Европа, системата на Съвета на Европа, е именно създаването на този механизъм за външен контрол, какъвто е Съдът в Страсбург. И след като всяка от 28-те държави-членки е подчинена на този механизъм, защо да не бъде подчинен на този механизъм и Съюзът, създаден от 28-те държави, при това властови съюз, годен да създава правни актове. Идеята за външен контрол е свързана с необходимостта да се даде една независима и безусловна гаранция на основните права, защото държавите дори при най-добро желание не могат добре сами да контролират себе си и собствените си актове. Затова трябва външен Съд.

Освен това, както знаем добре от две знакови решения на Съда в Страсбург по делата *Matthews* и *Bosphorus Earlines*, държавите-членки, когато приемат мерки по изпълнение на съюзното право, носят отговорност пред Съда в Страсбург за нарушаване на Европейската конвенция по правата на човека.

В историческото дело *Bosphorus Earlines* Съдът в Страсбург на практика се ангажира да контролира спазването от страна на Европейския съюз на Европейската конвенция по правата на човека, въпреки че Съюзът сам не е страна по нея.

Това е едно много особено и сложно дело, решено през 2005 г., което поради особената му важност беше гледано от Големия състав на Съда по правата на човека в Страсбург.

Предмет на делото е свързан с войната в Босна и Херцеговина. Съветът за сигурност на ООН приема Резолюция, забраняваща осъществяването на определени дейности от страна на Сърбия и в частност в сферата на въздушния транспорт. За да заобиколи ембаргото спрямо нейните самолети, Сърбия наема самолети от турската авиокомпания *Bosphorus Earlines*. Един такъв турски самолет, използван от сръбските авиолинии, осъществява граждански полет и каца в Дъблин, Ирландия. В изпълнение на Резолюцията на Съвета за сигурност обаче Съветът на министрите на Европейския съюз е приел Регламент (със силата на закон), който задължава всички държавите-членки да задържат въздухоплавателните средства, използвани от Сърбия. Тъй като става дума за регламент, Ирландия няма право на преценка, тя е длъжна да го изпълни и приема вътрешни правни актове по изпълнението му, включително заповед за задържане на този самолет на летището в Дъблин. Турската авиокомпания обаче твърди, че задържането на нейния самолет е нарушение на правото на собственост, гарантирано от Конвенцията. Ключовият въпрос тук е за сложното положение, в което е поставена Ирландската държава. От една страна, понеже става дума за регламент, тя няма право на преценка, длъжна е да изпълни тези мерки, от друга страна, обаче е нарушение на Конвенцията. И турската авиокомпания *Bosphorus Earlines* завежда дело срещу Ирландия в Съда по правата на човека в Страсбург.

Предмет на делото са правните актове, приети от Ирландската държава, но те са приети в изпълнението на Регламента. Всъщност под въпрос се поставя съответствието на Регламента с ЕКПЧ.

Съдът по правата на човека в Страсбург е изключително доволен от откритата му се възможност, обявява се за компетентен да се произнесе по този спор, но, разбира се, след това подхожда предпазливо... И излиза с една много хитра формулировка: „Доколкото Ирландската държава е ангажирана да изпълни Регламента на Европейския съюз и доколкото Европейският съюз е ангажиран с гарантирането на защита на основните права, еквивалентна на тази, която Конвенцията пре-

доставя, то не може да се търси отговорност на държавата Ирландия за нарушаването на Конвенцията“. Т.е. Съдът отказва да осъди Ирландия за нарушение на Конвенцията, доколкото Ирландия действа в изпълнение на съюзен правен акт. Съдът в Страсбург изхожда от презумпцията, че Съюзът гарантира еквивалентна защита на основните права, като тази по Конвенцията. Но опитайте се да си представите какво би станало ако Съдът се беше произнесъл по обратен начин, ако беше констатирал, че Ирландия е нарушила Конвенцията...

Точно това е интересният, провокирал много силна научна активност казус: Ирландия трябва или да наруши Конвенцията и да отговори пред Съда по правата на човека в Страсбург, или да не изпълни свое съюзно задължение, да не изпълни Регламента, и да носи съюзна отговорност за нарушаване на съюзното право пред Съда в Люксембург!

По това дело същественият въпрос беше свързан с преценката за съобразеност между един съюзен регламент и Конвенцията.

И всъщност парадоксалното е, че под въпрос се поставя законосъобразността на съюзен регламент – дали е съобразен с Конвенцията или не – но самият Съюз не може да се защити, защото не е страна по Конвенцията и не може да бъде страна по делото, и трябва да бъде защитаван от една от своите държави-членки, при това от Ирландия, една от най-малките...

И тъй като Съюзът не е страна по Конвенцията и по делото съответно, той не е обвързан от решението по делото, и ако Съдът беше установил, че има нарушение, Ирландия трябва да вземе мерки, за да се съобрази с решението на Съда в Страсбург, без да може да ангажира обаче Съюза, който е приел Регламента.

Ако Европейският съюз беше страна по Конвенцията и респективно член на Съвета на Европа, то негов представител би бил член на Комитета на министрите на Съвета на Европа, който е изпълнителният орган, който контролира изпълнението на решенията на Съда. И там Съюзът би бил ангажиран вече със съобразяването с това решение, иначе то ангажира само Ирландия.

4. Ето ги всъщност **основните причини за присъединяването** на Европейския съюз към Конвенцията. Първата я видяхме: да бъде подчинен на външен съдебен контрол като всяка правова държава. И втората – **Съюзът да може да участва в делата** пред Съда в Страсбург и да защитава собствените си актове, а не да оставя тази задача на съответната своя държава-членка, срещу която е заведено делото, и съответно да носи отговорност, да се съобразява с решенията, да е обвързан от тях.

Третата причина е да се облекчи животът на гражданите на Европа и на Европейския съюз в частност, да им се даде един по-ефективен механизъм, да не се налага да атакуват националните актове, т. е. държавите, пред Съда в Страсбург, а да могат да атакуват директно самия Съюз, когато той, негов акт, нарушава Конвенцията.

Четвъртата причина е свързана, както видяхме по-рано, с факта че Хартата на основните права на Съюза съдържа някои граждански и политически права, които се съдържат и в Конвенцията. Хартата кодифицира Конвенцията в значителна степен. И това е проблемът, тъй като Съдът в Люксембург тълкува Хартата, Съдът в Страсбург тълкува Конвенцията и може да се получи **различна практика** по отношение на едни и същи права, закрепени в двата акта.

Освен това двете съдилища са поставени в различен контекст. Съдът на Европейския съюз в Люксембург действа в икономически контекст, какъвто е контекстът на Съюза. Съюзът е преди всичко икономическо обединение. Докато Съдът в Страсбург действа в политико-правен контекст на една организация, която защитава правата на човека. Реалността не закъснява да предложи поводи за различна практика, но различията се избягват умело от двете съдилища чрез редовни работни срещи между тях, на които те съгласуват вижданията си по тълкуването на отделни права. Те много добре си дават сметка колко абсурдно и с тежки последици би било ако едно и също право има различно тълкуване от тези две най-висши съдилища – в Страсбург и в Люксембург. И тези рискове от създаване на различна практика остават открити,

въпреки добрата воля на двете съдилища, докато не се постигне присъединяване на Съюза към Конвенцията, при което присъединяване Съдът в Люксембург вече ще бъде обвързан от практиката на Съда в Страсбург по тези права. Както по отношение на националните съдилища, така и по отношение на съюзния съд в Люксембург практиката и решенията на Съда в Страсбург имат обвързваща сила, макар и само в сферата на правата на човека.

Разбира се, става дума за само за подчиняване на Съда в Люксембург на Съда в Страсбург по отношение на правата на човека, не и по отношение на тълкуването на цялото съюзно право.

Още една причина можем да изтъкнем, виждате, че те никак не са малко: едно подобно присъединяване би позволило на Европейския съюз пълноценно да се включи в общоевропейската система на защита на правата на човека.

Спомнете си член 53 на Хартата, за който вече стана дума, който определя, че Конвенцията представлява един минимален праг на защита, едно минимално равнище, и по този начин се гарантира, че и Съюзът ще бъде подчинен, съобразен с този минимален праг на защита, въпреки че той би могъл да гарантира и по-висока защита. И в политически план присъединяването на Съюза към Конвенцията би дало допълнителна тежест на тези споделени общи европейски ценности, които Конвенцията изразява по отношение на останалите нечленуващи в Съюза европейски държави, някои от които все пак проблематични в това отношение, като Русия или Турция. Присъединяването на Съюза наистина би превърнало Конвенцията в един гарантиран минимален стандарт за основните права за целия континент.

5. Нека кажем няколко думи още за съдържанието на това **Споразумение за присъединяване на Съюза към Конвенцията**. Единият от принципите, които това Споразумение закрепва, е Съюзът да се присъедини към Конвенцията доколкото е възможно при равни условия като всяка държава. Но обръщам внимание: само доколкото е възможно, защото Съюзът

не е федерална държава. Специфични условия за членството на Съюза ще бъдат допуснати само доколкото те са безусловно необходими предвид уникалните специфики на самия Съюз.

Изключително ясно се посочва и в подготвителните текстове, и в Споразумението необходимостта да се отчетат съществените специфики, уникалността на Съюза и на неговия самостоятелен правопорядък, това, че правото на Европейския съюз не е международно право, а самостоятелен правен ред.

От изключително съществено значение е и изрично е закрепено в Протокол № 8 към Учредителните договори, който се казва „Протокол № 8 относно член 6, § 2“, т. е. относно присъединяването на Съюза към Конвенцията: „да се отчетат специфичните особености на Европейския съюз при присъединяването“. Съюзът се присъединява към Конвенцията на равна нога с държавите, но като се отчитат в същото време неговите съществени специфики за това, че той не е нито международна организация, нито държава, а е властова структура. И именно, за да се отчетат тези съществени специфики на съюзния правен ред са предвидени **два уникални нови механизма**.

Първият от двата уникални механизма е механизмът на втория защитник (кодифендър). Идеята е Съюзът да може да встъпи в дело, да защитава своя правопорядък, заедно с държавите-членки или конкретната държава, срещу която е заведено делото, или обратно – държавата да встъпи редом със Съюза.

Примерно в хипотезата с Ирландия, ако отново има заведено дело срещу национални актове, произтичащи, свързани с Правото на Европейския съюз, делото е срещу държавата, но Съюзът може да встъпи в делото като страна, като втори ответник редом с държавата и да защитава своя правопорядък. И това ще позволи след това Съюзът да бъде ангажиран с изпълнението на евентуалното решение на Съда. Или обратната хипотеза, при която гражданин, фирма, частно лице завежда дело срещу Съюза, но предмет на делото са и национални изпълнителни мерки по правото на Съюза, при което трябва държава да встъпи редом със Съюза, въпреки че искът не е насочен срещу конкретната държава.

Създаването на такъв механизъм произтича изрично от Протокол № 8 към Учредителните договори, които спомегах, който изисква бъдещото присъединяване да гарантира, че евентуалните частни жалби ще бъдат правилно завеждани срещу Съюза или срещу държавите, срещу държава-членка в зависимост от материята.

И всъщност тук Съдът в Страсбург е поставен в една принципино нова ситуация – да гледа дела, отнасящи се до национални мерки, национални актове, приети обаче в изпълнение на външен, на съюзеи правен акт, т. е. под контрола на Съда в Страсбург попада изцяло нов, самостоятелен правопорядък, какъвто е съюзният правопорядък. Типичен е случаят с делото *Bosphorus Earlines*, където делото е срещу държавата заради нейните национални мерки, но те са в изпълнение на съюзеи акт и би било добре, за правосъдието би било по-добре, ако и Съюзът може да встъпи, да бъде страна, да отговаря, да защитава своя акт и съответно да понесе последствията, ако се констатира нарушение на Конвенцията.

Другата хипотеза, в която е необходимо подобно встъпване, подобен втори защитник в механизма, е хипотезата на директивите или поне тези директиви, които не оставят свобода на преценка на националните власти, или поне тези от разпоредбите на директивите, които са толкова конкретни и ясни, че държавите просто дословно ги транспонират във вътрешно законодателство и тогава Съдът в Страсбург може да констатира противоречия с Конвенцията, без да го интересува кой е виновен, без това да е акцентът – дали държавата, дали Съюзът – това е отделен въпрос. Този механизъм предполага двамата ответници – държавата и Съюзът – да излязат с общи позиции по делото, с обща защита, а не всеки по отделно. И това фактически дава възможност на Съюза ефективно да защитава себе си, своето право по делата, заведени в Страсбург.

Другият изключително съществен проблем, който трябва да бъде разрешен чрез този механизъм на втория ответник, е проблемът, свързан с това да не се допусне Съдът в Страсбург да преценява най-важния в цялото съюзно право въпрос – въпросът за разпределението на компетенциите между дър-

жавите-членки и Съюза. Преценката, тълкуването на механизма на компетенциите в Европейския съюз е изключителна компетентност на съюзния Съд в Люксембург и не трябва да се допусне Съдът в Страсбург да може да преценява по едно дело в съответната материя държавата ли е била компетентна, за да носи отговорност, или това е компетентност на Съюза и тогава държавата не носи отговорност за своите действия.

Основополагащият принцип за автономия на Съюзното право изисква да остане изцяло вътрешен въпрос този за разпределението на компетенциите между държавите-членки и Съюза, видовете компетенции, обема прехвърлена власт, и Съдът в Страсбург да няма повод и възможност да дава свое тълкуване на този изцяло вътрешен и ключов за Съюза въпрос.

Този принцип на автономия на Съюзното право, който международниците трудно възприемат, но който Съдът в Люксембург категорично налага в своята практика, е възпроизведен и в този Протокол и в Проекта за споразумение, за да не се допусне по никакъв начин никой отвън, и в никакъв случай Съдът в Страсбург, да се произнася относно такъв изцяло вътрешен и ключово важен за Съюза въпрос, като въпроса за компетенциите. И в хода на преговорите преговарящият екип на Съюза положи огромни усилия да се гарантира, че чрез този механизъм на втория ответник Съдът в Страсбург няма по никакъв начин да получи възможност да се намесва в тази ключова за Съюза и безусловно запазена за Люксембург проблематика.

Разбира се, някои от държавите казват: „Добре, но нали Съюзът се присъединява при равни условия с държавите-членки. Защо тогава му се предоставя този привилегирован, специфичен статут с механизма на втория ответник?“ Истината обаче е, че механизмът на втория ответник решава няколко проблема едновременно: той защитава автономията на Съюзното право, позволява по-добра защита на държавите-членки – да не носят отговорност за съюзни актове, по-добра защита на Съюза – да не разчита държавите да му вършат работата, и отделно от това предоставя по-добра защита на правата, гарантирани от Конвенцията, т. е. той е по-полезен и за жал-

боподателите, за гражданите, защото позволява те да насочат иска ефективно към този, който действително е виновен и е причинил нарушаването и евентуално вредите.

И всъщност този механизъм е безусловно полезен и за гражданите, защото те се освобождават от необходимостта, респективно техните адвокати, когато подготвят жалбата, сами да преценяват всъщност чий акт нарушава Конвенцията, кой трябва да носи отговорност, срещу кого да бъде заведена жалбата. Механизмът позволява жалбата да бъде заведена едновременно срещу държавата и Съюза и така гражданинът се освобождава от грижата да мисли кой носи отговорност.

Всъщност този механизъм позволява от една страна да се гарантира ефективност на механизма за защита на правата по Конвенцията и от друга страна да се гарантира автономията на Съюзното право, защото Съюзът би могъл първо сам да преценява важните въпроси, и второ да участва като страна по делата, да се защитава и да носи отговорност, да бъде ангажиран от решенията на Съда в Страсбург.

6. Ако този механизъм ви се е видял сложен, то вторият механизъм, който Споразумението предвижда, е по-сложен, това е т. нар. „**механизъм за предварително ангажиране**“ на Съда в Люксембург, на английски език *prior involvement*. Съдът в Люксембург настояваше категорично да бъде предвиден такъв механизъм, макар той да не е съвсем достатъчен. Този механизъм трябва да гарантира монопола на Съда на Европейския съюз в Люксембург по отношение на тълкуването и преценката за валидност на съюзните правни норми.

Проблемът е, че след като Съюзът стане страна по Конвенцията, всеки би могъл да атакува пред Съда в Страсбург един съюзен правен акт, без преди това да е дадена възможност на Съда в Люксембург сам да се произнесе дали този съюзен акт противоречи на Конвенцията или не, което той може да направи. Този монопол на Съда в Люксембург над тълкуването и преценката за валидност на Съюзното право е закрепен в член 267 на Договора за функционирането на Европейския съюз, който урежда производството за преюдициалното за-

питване, и Съдът настоя в един уникален документ, наречен „Документ за размисъл“, да се изработи механизъм, който гарантира този негов монопол.

Хипотезата е следната: ако пред национален съд възникне въпросът дали една съюзна правна норма е съобразена с Конвенцията по правата на човека или не, националният съд трябва да отправи преюдициално запитване до Съда в Люксембург, защото става дума за преценка за валидност на съюзна правна норма. Ако обаче националният съд не отправи такова запитване, то Съдът в Люксембург не може да се произнесе, и тогава националният съд постановява решение и гражданинът завежда дело директно в Страсбург.

Въпреки че Договорът определя, че последната инстанция е длъжна да отправя запитвания винаги, когато има съмнение, а съдебната практика, и делото *Silfit* (1982) и делото *Foto-Frost* (affaire 314/85, 22. 10. 1987), предполага да се отправят запитвания и от инстанции, които не са последни, ако има съмнение за валидност на съюзната правна норма, то въпреки това са възможни хипотези, при които да не се отправи запитване като например „хипотезата на ясният акт“, когато юрисдикцията смята, че няма съмнение.

От една страна, макар че последната инстанция се води длъжна да отправи запитване, когато има съмнение за валидност, тя не трябва да отправя такова запитване, ако няма основателно съмнение, т. е. примерно ако смята, че актът е ясен (т. нар. „теория за ясният акт“, *acte claire*) към Конвенцията, при която няма нужда, според нея, от запитване и не пита Съда в Люксембург и отваря терен за произнасяне на Съда в Страсбург.

И обратно, Съдът в Люксембург е компетентен да решава тези въпроси. След Договора от Лисабон се предвижда, че Съюзът става страна по Конвенцията, отделно Хартата инкорпорира редица от правата, и той е Съдът, който трябва да преценява дали съюзните норми противоречат на Конвенцията. Скандално е да се наложи Съдът в Страсбург да прави такава преценка, ако самият той не се е произнесъл.

Всъщност по този начин ако бъде сезиран Съдът в Страсбург без да е бил сезиран Съдът в Люксембург, пропада самата идея за монопол на съюзния съд над тълкуването на съюзното право. Тъкмо поради това Съдът в Люксембург не желае по никакъв начин да го допусне. Затова той настоява задължително да бъде предвиден механизъм, чрез който винаги, когато се поставя такъв въпрос пред Съда в Страсбург, той да изчака да се произнесе първо Съдът в Люксембург. По този начин ще се гарантира, ще се запази монополът на Съюзния съд над тълкуването и преценката за валидност на Съюзното право. А по този начин и Съдът в Люксембург ще може сам да решава въпросите при противоречие на съюзна норма с Конвенцията преди, или даже без да се налага да се произнесе Съдът в Страсбург.

...Това са накратко най-съществените особености на Проекта за споразумение за присъединяване на Съюза към Конвенцията, споразумение, което обаче няма да стане факт много скоро...

Трябва да се има предвид обаче, че то изпълнява тези три изключително важни задачи: да гарантира зачитането на автономността на съюзния правен ред, да гарантира монопола на Съюзния съд над тълкуването и преценката за валидност на Съюзното право и в частност над преценката за разпределението на компетенциите между държавите-членки и Съюза и в същото време да гарантира една още по-ефективна защита на частните лица.

Оставаме в очакване на подписването и влизането в сила на това споразумение – а дотогава трябва да изучим добре проблематиката и... да прилагаме добре Хартата!

За мен отново беше удоволствие и чест да бъда сред преподавателите на Международната магистърска програма по Право на ЕС в Софийския университет!

Благодаря Ви!

Fundamental rights in the EU after the Treaty of Lisbon: the recent jurisprudence of the Court¹



George Arestis²
Judge at the Court of Justice of the European Union

Introduction

For more than 10 years after the signature of the Treaty of Rome in 1957, the question of the protection of human rights had never been in issue³. The emphasis was on the creation and consolidation of the common market establishing the free movement of persons, of services, of goods and of capital. Neither the initial Treaties nor the jurisprudence of the Court made any reference to the protection of human rights in the process of the creation of the common market.

It all started in 1969 in the *Stauder* case with this very short sentence: «Interpreted in this way the provision at issue contains

¹ Lecture for the International master program „EU Law“ of Sofia University – session in Nesebar, June 2013.

² Born 1945; graduated in law from the University of Athens (1968); MA in Comparative Politics and Government, University of Kent at Canterbury (1970); practice as a lawyer in Cyprus (1972-82); District Court Judge (1982); President of the District Court (1995); Administrative President of the District Court of Nicosia (1997-2003); Judge at the Supreme Court of Cyprus (2003); Judge at the Court of Justice since 11 May 2004.

³ Reference is made to the founding treaty of the European Economic Community (EEC).

nothing capable of prejudicing the fundamental human rights enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court»⁴.

Forty years later, with the adoption of the Treaty of Lisbon, which came into force on 1 December 2009, fundamental rights are part of primary law. The achievement has been remarkable if we consider the very beginning of the process. It is not an exaggeration to say that the Court with its jurisprudence has been the driving force and the source of inspiration for this achievement.

1. Fundamental rights in the EU law: historical overview.

Let us recall this long process through the jurisprudence of the Court. Soon after the *Stauder* judgement, the Court delivered in December 1970 the judgement in the *Internationale Handelsgesellschaft* case in which it went a step further making explicit reference to its source of inspiration. I quote: «In fact, respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice. The protection of such rights, whilst inspired by the constitutional traditions common to the Member States, must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community»⁵.

A formula was thus established on the basis of which human rights could be protected within the judicial order of the European community. But this formula was not yet complete. The missing element was added less than four years later with the judgement of the Court in the *Nold* case. The Court repeated the statement in the *Internationale Handelsgesellschaft* case and went beyond by adding:

«Similarly, international Treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law»⁶.

⁴ Judgment of 12 November 1969, *Stauder*, case 29/69, ECR 419 (§ 7).

⁵ Judgment of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, case 11/70, ECR 1125 (§ 4).

⁶ Judgment of 14 May 1974, *Nold KG v. Commission*, case 4/73, ECR 491 (§13).

The most important treaty in this respect is the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental freedoms (the «European Convention»). The Court did not make any specific reference to this Convention in the *Nold* case but took it into consideration in its case-law one year later⁷.

The abovementioned case-law of the Court of Justice was «integrated» in the Treaty of Maastricht, signed on 7 February 1992. Article 6 (ex-Article F) of this Treaty stated: «The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law».

This Treaty placed its emphasis on the European Convention and not on international treaties and conventions in general. That was the result of a long jurisprudential practice in which special reference was made to the European Convention. Indeed, the Court drew inspiration and made special reference to the said Convention for the first time in its judgement in the *Rutili* case in 1975⁸.

The next major step in the long process towards the Treaty of Lisbon was the solemn proclamation of the Charter in 2000 by the European Parliament, the Council of Ministers and the European Commission⁹. In 2000, the Charter had no legal force but since the Treaty of Lisbon, it has the same legal value as the EU treaties¹⁰ and is a legally binding document. We must acknowledge that the rights of the Charter were not new. A great number of its articles correspond to rights and principles contained in the treaties or in the case-law of the Court of Justice as underlined

⁷ Judgment of 28 October 1975, *Rutili*, case 36/75, ECR 1219.

⁸ *Ibid.*

⁹ The Charter was drafted by a convention composed of 62 members, including members of the European Parliament and representatives of the heads of government.

¹⁰ Article 6 TUE.

in the Explanations relating to the Charter¹¹. For this reason, we could not see the Charter as a revolutionary text but it allowed the EU citizens to clearly identify their rights. In this respect, the Charter emphasizes in its preamble that «It is necessary to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments by making those rights more visible in a Charter». It is also appropriate to underline that the Charter goes beyond the European Convention and recognizes some rights which are not expressly listed in the European Convention (e.g. rights of the elderly and right of access to health care).

2. The Charter in the case-law of the Court of Justice.

It should be noted that the number of cases in which the Court has mentioned the Charter in its reasoning has significantly increased after the Treaty of Lisbon. This observation confirms what my colleague Allan Rosas has recently underlined stating that the Charter holds a prominent position in the EU legal system and that its application has become a matter of daily business with the entry into force of the Treaty of Lisbon¹².

It has to be noted that there has been an evolution in the interpretative methods employed by the Court in the cases relating to fundamental rights showing that the Charter has progressively found its place in the case-law of the Court. After the proclamation of the Charter in 2000, the Court maintained its previous jurisprudence referring to the general principles of law without mentioning the Charter¹³. It was not until the judgment in

¹¹ See Articles 11, § 2, 15, 16, 17, 20, 41, 45, 49, § 3, 50, 51 and 52, OJEU, (2007/C 303/02), these explanations constitute an important tool to clarify the provisions of the Charter.

¹² **Allan Rosas and Heidi Kaila**, *L'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, *Il diritto dell'unione europea*, Anno XVI Fasc. 1, 2011.

¹³ See judgment of 12 June 2003, *Schmidberger*, case C-112/00, ECR I-5659 (§ 71), judgment of 1 April 2004, *Commission v. Jégo-Quéré*, case C-263/02 P, ECR I-03425 (§ 29) and judgment of 12 May 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*, case C-347/03, ECR I-3785 (§ 119 et 120).

case *Parliament v. Council* of 27 June 2006, relating to the Directive of 2003 on the right to family reunification¹⁴, that the Court mentioned the Charter in its reasoning. The Court analysed the rules of law under which the Directive's legality could be reviewed and stated: «While the Charter is not a legally binding instrument, the Community legislature did, however, acknowledge its importance by stating, in the second recital in the preamble to the Directive, that the Directive observes the principles recognised not only by Article 8 of the ECHR but also in the Charter. Furthermore, the principal aim of the Charter, as is apparent from its preamble, is to reaffirm 'rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the Treaty on European Union, the Community Treaties, the [ECHR], the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe [...] and the case-law of the Court and of the European Court of Human Rights'»¹⁵. After this statement in the judgment *Parliament v. Council*, the Court continued to use the concept of general principles of law in fundamental rights issues and, in most cases, specified that these rights were «reaffirmed» by the Charter¹⁶.

In January 2010, in the *Küçükdeveci* case, the Court underlined for the first time the new legal status of the Charter, stating that «the Charter of Fundamental Rights of the European Union is to have the same legal value as the Treaties» and referred to Article 21 of the Charter as regards non-discrimination on grounds of age¹⁷.

The Treaty of Lisbon did not disrupt fundamental rights in their substance. In that respect, in two judgments of 3 May 2012 in

¹⁴ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (OJ 2003, L 251, p.12).

¹⁵ Judgment of 27 June 2006, *Parliament v. Council*, case C-540/03, ECR I-5769 (§ 38).

¹⁶ Judgment of 13 March 2007, *Unibet*, case C-432/05, ECR I-2271 (§ 37), judgment of 18 December 2007, *Laval un Partneri*, case C-341/05, ECR I-11767 (§ 91) and judgment of 16 July 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH v. Commission of the European Communities*, case C-385/07 P, ECR I-6155 (§ 178 and 179).

¹⁷ Judgment of 19 January 2010, *Küçükdeveci*, case C-555/07, ECR I-365 (§ 22).

which Article 47 of the Charter was invoked, the Court ruled that, before the entry into force of the Treaty of Lisbon, in several cases, the right to a fair trial, as enshrined, notably, in Article 6 of the European Convention, was already a fundamental right that the European Union respected as a general principle under Article 6, § 2 TEU¹⁸. Nevertheless, from the Treaty of Lisbon, the Charter, which was used as an added value in the reasoning of the Court, has become a «reference text and a starting point» when the Court has to consider issues concerning EU fundamental rights¹⁹.

The judgment in the *Schecke* case of 9 November 2010²⁰ illustrates this change. In this case, the referring national Court considered that the obligation to publish data relating to the beneficiaries of aids, which follows from the provisions of two regulations, constitutes an unjustified interference with the fundamental right to the protection of personal data and referred essentially to Article 8 of the European Convention. In its answer, the Court firstly affirmed that, in accordance with Article 6, § 1, of the Treaty on European Union, the Charter has the same legal value as the Treaties and stated that the validity of those provisions must be assessed in the light of the provisions of the Charter. Consequently, the Court decided to start its analysis with Articles 7 and 8 of the Charter, referred to Articles 52 and 53 of the Charter as well and finally mentioned the European Convention stating that: «the right to respect for private life with regard to the processing of personal data, recognised by Articles 7 and 8 of the Charter, concerns any information relating to an identified or identifiable individual [...] and the limitations which may lawfully be imposed on the right

¹⁸ Judgments of 3 May 2012, *Legris Industries v. Commission*, C-289/11 P and *Comap v. Commission*, C-290/11 P, not yet published.

¹⁹ **Joint communication from Presidents Costa and Skouris** dated January 24, 2011. See judgment of 9 November 2010, *Volker und Markus Schecke*, case C-92/09 and 93/09, ECR I-11063: this judgment illustrates the mentioned evolution and more recently, judgment of 19 July 2012, *Dülger*, case C-451/11, not yet published (§ 53).

²⁰ Judgment of 9 November 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, 92/09 and 93/09, ECR 11063.

to the protection of personal data correspond to those tolerated in relation to Article 8 of the Convention».

We can even observe the autonomous nature of the Charter in the case-law of the Court with respect to others instruments of protection of fundamental rights. For example, in the judgment of 26 February 2013, *Åkerberg Fransson*, the Court only referred to the Article 50 of the Charter when it interpreted the *ne bis in idem* principle, without mentioning any other source of law²¹.

It is also important to add that the Treaty of Lisbon has preserved the use of general principles of EU law for the protection of fundamental rights, which would eventually allow the Court of Justice, if need be, to integrate new rights which are not written in the Charter but which would correspond to changes in society and would be established in the Member States. In other words, the Court has still the possibility to intervene in the development of fundamental rights even though these rights are set out in a legally binding document.

3) The relation between the Court of justice and the Member States as regards the protection of fundamental rights in the EU.

a) Article 51 of the Charter: the scope of the Charter (allocation of competences)

According to Article 51(1) of the Charter, its provisions are firstly addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union which have to respect the provisions of the Charter when performing their functions and whose authority is limited accordingly. A judgment of the Court of 19 July 2012, *Parliament v. Council*, in which the European Parliament asked the Court to annul a Council Regulation referred to this duty imposed on all the institutions to respect fundamental rights²². The Court had already annulled EU acts on the basis of this principle.

²¹ Judgment of 26 february 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, not yet published.

²² Judgment of 19 July 2012, *Parliament v. Council*, case C130/10, not yet published (§ 83).

The Court ruled, in the judgment *Schecke*, previously mentioned, that the obligation, required by two regulations of the Council and the Commission, to publish the names of natural persons who are beneficiaries of European agricultural funds and the exact amount which they have received, constitute, with regard to the objective of transparency a disproportionate measure because there was no distinction based on relevant criteria such as the periods during which those persons have received such aid, the frequency, the nature and the amount of such aid. In this case, the Court declared invalid some provisions of the two regulations in so far as they did not respect Articles 7 (respect for private and family life) and 8 (protection of personal data) of the Charter and stated that derogations and limitations in relation to the protection of personal data may apply only if they are strictly necessary.

In another judgment of 1 March 2011, the judgment *Test-Achats*, the Court held that an unlimited derogation from the principle of equal treatment between men and women in the field of insurance, contained in Directive 2004/113/EC, was unlawful. The Court assessed the validity of this derogation in the light of Article 21 and 23 of the Charter to which the said directive explicitly referred²³.

As regards the Member States, when the Charter was drafted, one of the main questions was to determine how the Charter could apply to them. The answer is to be found in Article 51 which states that this text is addressed to the Member States «only when they are implementing Union law». It must also be noted that Article 51 (2) of the Charter states that «The Charter does not extend the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the treaties»²⁴. Indeed, Member States apply the provisions of the Charter only when they are implementing Union law but their institutions, bodies, offices or organs are bound and their authority is also limited by the provisions of their own constitutions when applying provisions

²³ Judgment of 1 March 2011, *Test-Achats*, case C-236/09, ECR 773.

²⁴ Article 51(2) repeats in essence the statement made in Article 6 (1) TEU.

of their national legislation and they are ultimately subject to the control under the provisions of the European Convention.

In the Treaty and the Charter itself, there are provisions whose purpose is to delimit the application of the Charter. In this respect, in accordance with Article 6 (1) TEU, the rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted with due regard to the Explanations relating to it. In this respect, Article 52 (7) of the Charter states that those «explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of this Charter shall be given due regard by the courts of the Union and of the Member States».

In order to clarify the field of application of the Charter to the Member States, the explanations relating to Article 51 of the Charter refer to three important decisions of the Court; the cases *Wachauf*, *ERT* and *Annibaldi*. It is then stated that «As regards the Member States, it follows unambiguously from the case-law of the Court of Justice that the requirement to respect fundamental rights defined in the context of the Union is only binding on the Members States when they act in the scope of Union law».

Two further points need to be made with reference to the said explanations. The term «Member States» in Article 51 covers not only the central authority but also regional and local bodies as well as public organisations. The term «when implementing Union law» covers all situations independently of the fact that a Member State fulfils an obligation under the Treaties or under secondary Union law.

At this stage, I draw also your attention to the fact that the terminology between the Charter and its explanations differs. Under Article 51 of the Charter, the charter is binding on the Member States when “they implement Union law” but according to the explanations, it is binding on them “when they act in the scope of Union law. I will come to that again to show how the Court has approached this difference.

As underlined by my colleague Koen Lenaerts in a recent contribution, we «may distinguish two different types of obligations that EU law imposes on the Member States, namely (1) EU obligations that require a Member State to take action (as in the situations in *Wachauf* [...]) and (2) EU obligations that must be

complied with when a Member State derogates from EU law (as the situation in *ERT* reveals). Conversely, where EU law imposes no obligation on the Member States, the Charter simply does not apply (as the example of *Annibaldi* demonstrates)²⁵.

In the *Wachauf* case²⁶, the Court stated that Member States, when implementing Community rules, must, as far as possible, apply those rules in accordance with the requirements of the protection of fundamental rights in the Community legal order. In other words, the Charter applies to the Member States when they are acting as part of the decentralized administration of the Union and applying or implementing a regulation, transposing a directive or executing a decision of the Union or a judgment of the Court²⁷.

In the *ERT* case²⁸, the Court went further by holding that it could also review a national rule which may restrict a fundamental freedom on grounds of public order, public security or public health, adding that such a rule must be interpreted in the light of the general principles of law and in particular of fundamental rights whose observance is ensured by the Court.

The Court being coherent with its previous jurisprudence and in an effort to interpret the Charter in a way which does not conflict with the above explanations has so far interpreted the provisions of the Treaty and of the Charter in a prudent manner as to avoid any possibility of encroaching on the competences of the Member States when applying their national system of protection of fundamental rights. The interpretation of Article 51 of the Charter by the Court has not been disrupted by the Treaty of Lisbon. I will try to clarify the above statement by making reference to the relevant case-law of the Court.

The first judgment of the Court to quote Article 51 of the Charter after Lisbon is the *McB* case dealt with under the urgent

²⁵ **Koen Lenaerts**, *The Court of Justice of the European Union and the Protection of fundamental rights*, in Polish yearbook of international law, 2011.

²⁶ Judgment of 13 July 1989, *Wachauf*, case 5/88, ECR 2609.

²⁷ **T. von Danwitz and K. Paraschas**, *A fresh start for the Charter: fundamental questions on the application of the European charter of fundamental rights*, Fordham International Law Journal, vol. 35, 2012.

²⁸ Judgment of 18 June 1991, *ERT*, case C-260/89, ECR I-2925.

procedure²⁹. The referring court asked whether a regulation of 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters of parental responsibility, must be interpreted as precluding a Member State from providing by its law that the acquisition of rights of custody by a child's father, where he is not married to the child's mother, is dependent on the father's obtaining a judgment from a national court with jurisdiction awarding such rights of custody to him, on the basis of which the removal of the child by its mother or the retention of that child may be considered wrongful, within the meaning of Article 2 of that regulation.

The Court considered that the said regulation did not determine which person must have such rights of custody as may render a child's removal wrongful within the meaning of this Article 2, but refers the question of who has such rights of custody to the law of the Member State where the child was habitually resident immediately before its removal or retention. Consequently, the Court ruled that this regulation must be interpreted as meaning that whether a child's removal is wrongful for the purposes of applying that regulation is entirely dependent on the existence of rights of custody, conferred by the relevant national law, in breach of which that removal has taken place.

However, the referring court asks whether the Charter, and in particular its Article 7 affects this interpretation of the regulation. In the applicant's opinion, the interpretation could lead to a situation which would not be compatible either with his right to respect for private and family life, established in Article 7 of the Charter and in Article 8 of the European Convention, or with the rights of the child, set out in Article 24 of the Charter.

The referring court states that, under Irish law, the natural father does not have rights of custody in respect of his child, unless those rights are conferred on him by an agreement entered into by the parents or by a court judgment, whereas such rights of custody automatically belong to the mother, and no attribution of them to her is necessary. In those circumstances, the Court had to

²⁹ Judgment of 5 October 2010, *McB.*, case C-400/10 PPU, ECR I-8965.

examine whether respect for the fundamental rights of the natural father and his children precludes this interpretation.

In that regard, the Court recalled that, in accordance with the first subparagraph of Article 6 of the Treaty on European Union, the Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter, “which shall have the same legal value as the Treaties”. The Court added that, according to Article 51 of the Charter, its provisions are addressed to the Member States only when they are implementing European Union law and under the Charter does not extend the field of application of European Union law beyond the powers of the Union, and it does not “establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties”.

Thus, the Court was called upon to interpret, in the light of the Charter, the law of the European Union within the limits of the powers conferred on it and specified that, in the context of this case, the Charter should be taken into consideration solely for the purposes of interpreting the regulation 2003, and there should be no assessment of national law as such. More specifically, the question is whether the provisions of the Charter preclude the interpretation of that regulation as mentioned before, taking into account, in particular, the reference to national law which that interpretation involves.

In the *N.S.* judgment³⁰, which was rendered on 21 December 2011, the Court was asked to decide whether the Charter was applicable to a national decision adopted by a Member State on the basis of a provision of the so-called Dublin Regulation according to which a Member State is in principle free to decide whether to examine an asylum claim which is not its responsibility under the criteria set out in Chapter III of the said Regulation. More precisely, the question was whether having the Member State decided to make use of that provision it should comply with specific provisions of the Charter. The Court replied in the affirmative pointing out that «a Member State which exercises that discretionary power must be considered as implementing Union law within the meaning

³⁰ Judgment of 21 December 2011, *N.S.*, joined cases C-411/10 and C-493/10.

of Article 51(1) of the Charter». It could be argued here that the Court gave a broad interpretation of the Charter provision, it must however be noticed that the discretionary power enjoyed by the Member State in this particular case must comply with other provisions of Union law.

Beyond the cases which fall within the *Wachauf* and *ERT* jurisprudence, the Charter does not apply to Member States although acting within the scope of the powers of the EU when there is no specific link between the national measure and Union Law. This is the conclusion drawn from the *Annibaldi* case, which was chosen by the authors of the Explanations as a case illustrating the situations where Union law does not impose an obligation and therefore the compatibility of a national measure with fundamental rights will not be considered under Union law.

In the *Annibaldi* case³¹, the court had to consider whether national legislation, such as an Italian regional law which established a nature and archaeological park in order to protect and enhance the value of the environment and the cultural heritage of the area concerned, fell within the scope of Community law. The Court having recognised that Union law (community law at that time) pursues objectives in the fields of the environment, culture and agriculture proceeded to note that this regional law did not implement a provision of Union law in any of those three fields but was general in character. In such circumstances, the Court ruled that it had no jurisdiction to answer the questions referred to by the Italian court³².

Since the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Court has applied the *Annibaldi* jurisprudence in a significant number of cases

The Court has recently analysed its competence regarding Article 51 of the Charter in a certain number of orders. In doing so, it has repeatedly stated that the limitation concerning the application of the Charter to the Member States as provided for in the said Article «has not been amended by the entry into

³¹ Judgment of 18 December 1997, *Annibaldi*, case C-309/96, ECR I-7493.

³² See *Annibaldi*, § 21 and 22.

force of the Treaty of Lisbon on 1 December 2009, since when, under Article 6(1) EU, the Charter has the same legal value as the Treaties» adding that «That article states that the provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties»³³. Furthermore, several judgments in the line of *Annibaldi* jurisprudence were delivered.

The first example is the *Dereci* judgement of 15 November 2011³⁴. The applicant before the national court, Mr. Dereci, was a third country national who applied for a residence permit in Austria based on a derivative right of residence on the grounds that his children had the status of European citizens being Austrian nationals. These children had never left Austria. First, the Court answered that Directives 2003/86 and 2004/38 are not applicable to third country nationals who apply for the right of residence in order to join their European Union citizen family members. Bearing also in mind that these family members have never exercised their right to free movement and who have always resided in the Member State of which they are nationals. Secondly, the Court observed that a refusal to grant Mr. Dereci a residence permit did not deprive his minor children «of a genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union» in so far as the contested decision did not oblige his children «to leave the territory of the Union as a whole». The said decision did not fall within the scope of the Treaty provision on EU citizenship and therefore Austria was not implementing Union law when deciding not to grant Mr. Dereci a residence permit and therefore the Court lacked jurisdiction to control whether such a refusal was compatible with Article 7 of the Charter which relates to the respect for private life and family life.

The second judgement which I would like to mention in that regard is a more recent one delivered on 8 November 2012: the

³³ Order of the 1 March 2011, *Chartry*, case C-457/09. See also orders *Rossius et Collard* (C-267/10), *Vino* (C-161/11), *Pagnoul* (C-314/10), *Lebrun et Howet* (C-538/10), *Corpul Național al Polițiștilor* (C-434/11), *Boncea e.a.* (C-483/11) which contain the same statement.

³⁴ Judgment of 15 November 2011, *Dereci e.a.*, case C-256/11, not yet published.

Iida case. In this case, the Court fully applied its *Annibaldi* and *Dereci* jurisprudence. First, the Court ruled that Mr. Iida as a national of a third country could not take advantage of certain rights accorded by the directive 2004/38 to persons who are members of a family of a citizen of the Union who has exercised his right of freedom of movement. Such rights can only be accorded to a third country national only in the host country to which the citizen of the Union has moved. In this case, Mr. Iida remained in Germany, and did not join his wife and daughter, both of German nationality, to Austria. Consequently, he could not benefit of the rights the relevant directive could have accorded to him. His situation could not have changed by the application of Articles 7 and 24 of the Charter. Indeed, the Court held that the refusal of the national authorities in Germany to grant Mr. Iida a residence permit could have been a matter to be regulated by the Union law in the sense of Article 51 of the Charter if the case of Mr. Iida was caught by a provision of Union law. This was not, however, the case provided that the applicant could not fulfil the conditions required for granting him such a permit according to Directive 2004/38. Moreover, he did not apply for a permit on the basis of Directive 2003/109 and there was no other link with the provisions of EU law on citizenship³⁵.

It is appropriate here to underline that where there is no link with the Union law, Member States can act according to their constitutional provisions and in conformity with the European Convention and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. The Court, in the *Dereci* case, expressly mentioned this possibility to the referring court with the following words: «if the referring court considers, in the light of the circumstances of the disputes in the main proceedings, that the situation of the applicants in the main proceedings is covered by European Union law, it must examine whether the refusal of their right of residence undermines the right to respect for private and family life provided for in Article 7 of the Charter. On the other hand, if it takes the view that that situation is not covered by European

³⁵ Judgment of 8 November 2012, *Iida*, case C-40/11, not yet published.

Union law, it must undertake that examination in the light of Article 8(1) of the ECHR»³⁶.

The judgment *Åkerberg Fransson* brought an important clarification as regards the scope of application of fundamental rights of the European Union and I would characterised it as a landmark decision, short but important, which has provoked lots of discussions as the opinion of the Advocate General has not been followed.

In this case, the Swedish tax authorities accused Mr Åkerberg Fransson of having infringed his declaration obligations with regard to tax obligations for the years 2004 and 2005 including VAT obligations. Consequently, in May 2007, the Swedish tax authorities imposed tax penalties upon Mr Åkerberg Fransson for the 2004 and 2005 tax years. In 2009, criminal proceedings were brought against Mr Åkerberg Fransson. The Swedish Public Prosecutor's Office accused him of having committed an offence of tax evasion (in respect of the years 2004 and 2005) punishable, under Swedish law, by a term of imprisonment of up to six years.

The Swedish court wondered whether the criminal charges against Mr Åkerberg Fransson must be dismissed on the ground that he had already been punished for the same acts, as a result of the Swedish system of imposing tax surcharges. Mr Åkerberg Fransson submitted that these criminal charges should be dismissed on the ground that he had already been punished for those acts. The referring court wanted to know whether the application of both administrative and criminal sanctions was in violation of the *ne bis in idem* principle laid down in article 50 of the Charter. Many Member States intervened to argue that the Swedish administration could not be viewed as «implementing Union law».

First, the Court recalled that the Charter's field of application so far as concerned action of the Member States was defined in Article 51 of the Charter.

Then, the Court reaffirmed that fundamental rights guaranteed in the legal order of the European Union were applicable in all

³⁶ Judgment *Dereci*, § 72.

situations governed by European Union law, but not outside such situations, which means that if a national legislation falls within the scope of European Union law, the Court, when requested to give a preliminary ruling, must provide all the guidance as to the interpretation needed in order for the national court to determine whether that legislation is compatible with the fundamental rights the observance of which the Court ensures. The Court mentioned the cases *ERT* and *Annibaldi* to justify its position and added that this definition of the field of application of the fundamental rights of the European Union to the Member States was borne out by the explanations relating to Article 51 of the Charter.

As I have already said, the explanations relate to “the scope of Union law” whereas Article 6 of the Treaty relates to the “implementation of Union law”. With this judgment, the Court clarified the application of the Charter by equating the term “implementation” with “scope of application”.

The Court, in § 21 of this judgment, states that “Since the fundamental rights guaranteed by the Charter must therefore be complied with where national legislation falls within the scope of European Union law, situations cannot exist which are covered in that way by European Union law without those fundamental rights being applicable. The Court explained that the applicability of European Union law entails applicability of the fundamental rights guaranteed by the Charter.

The Court did not omit to recall that the Charter, pursuant to Article 51 (2) thereof, does not extend the field of application of European Union law beyond the powers of the European Union or establish any new power or task for the European Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties.

In this case, the Court considered that the tax penalties and criminal proceedings for tax evasion, such as those mentioned in the case, constitute implementation of Articles 2, 250 and 273 of Directive on the common system of value added tax and of Article 325 of the Treaty on European Union and, therefore, of European Union law, for the purposes of Article 51 of the Charter. Moreover, the Court held that the fact that the national legislation concerning those tax penalties and criminal proceedings had not

been adopted to transpose the Directive on the common system of value added tax could not call that conclusion into question, since its application was designed to penalize an infringement of that directive and was therefore intended to implement the obligation imposed on the Member States by the Treaty to have effective penalties for conduct prejudicial to the financial interests of the European Union.

The Court therefore had jurisdiction to answer the questions referred.

Concerning the *ne bis in idem* principle laid down in Article 50 of the Charter, the Court ruled that it did not preclude a Member State from imposing successively, for the same acts of non-compliance with obligations in the field of VAT, a tax penalty and a criminal penalty in so far as the first penalty was not criminal in nature, a matter which was for the national court to determine.

I will come back to this important judgment again when examining the national standards of protection of fundamental rights in relation to the Charter. This question was both examined in the above judgment but also in the *Melloni* case rendered by the Court on the same day as the *Åkerberg Fransson* case.

b) The application of the national standards of protection of fundamental rights

In the said two judgments delivered by the Grand chamber, on 26 February 2013, the Court developed its position concerning the relationship between the Charter and the national standards of protection of fundamental rights.

I will start with the *Melloni* case in which the Court was asked to examine the issue of whether a Member State may refuse to execute a European arrest warrant on the basis of Article 53 of the Charter on grounds of infringement of the fundamental rights of the person concerned guaranteed by the national constitution.

Article 53 of the Charter, entitled 'Level of protection', states that «Nothing in [the] Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by Union law and international law and by international agreements to which the

Union or all the Member States are party, including the European Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms, and by the Member States' constitutions.»

In the said case, the Court had more precisely to determine whether Article 53 of the Charter must be interpreted as allowing the executing Member State to make the surrender of a person convicted *in absentia* conditional upon the conviction being open to review in the issuing Member State, a possibility not provided for under the framework decision on the European arrest warrant. Such a possibility would avoid an adverse effect on the right to a fair trial and the rights of the defence guaranteed by the Spanish Constitution.

In fact, the Spanish Constitutional Court considered that the national constitution provided a higher level of protection for the persons convicted *in absentia* than the framework decision and wanted to know whether it could implement the national standards rather than EU standards.

The Court answered that the said framework decision is intended to remedy the difficulties associated with the mutual recognition of decisions rendered in the absence of the person concerned at his trial arising from the differences among the Member States as regards the protection of fundamental rights. In other words, this framework decision is a harmonisation of the conditions of execution of a European arrest warrant in the event of a conviction rendered *in absentia*, which reflects the consensus reached by all the Member States. Thus, it does not allow a Member State to refuse to execute a European arrest warrant when the person concerned is in one of the situations provided for in the framework decision.

The Court underlined that, pursuant to Article 53 of the Charter, where an EU legal act calls for national implementing measures, national authorities and courts remain free to apply national standards of protection of fundamental rights, provided that the level of protection ensured by the Charter, as interpreted by the Court, and the primacy, unity and effectiveness of EU law are not thereby compromised. Nevertheless, in the Melloni case, the implementation of national standards was not possible

because the provision of the framework decision constituted a full harmonization.

In conclusion, the application of national standards concerning fundamental rights is not possible when the action of the Member States is entirely determined by Union law.

This principle was also part of the reasoning of the Court in the *Åkerberg Fransson* case, which concerned, as I have already mentioned, the interpretation of the *ne bis in idem* principle in EU law. The Court confirmed that, in a situation where the action of the Member State is not entirely determined by EU law, national authorities and courts remain free to apply national standards of protection of fundamental rights, provided that the level of protection provided for by the Charter, as interpreted by the Court, and the primacy, unity and effectiveness of EU law are not compromised.

Unlike the *Melloni* case, the national court could take into account its own national system of protection of fundamental rights but the Court stressed at the same time that, where national courts find it necessary to interpret the Charter they may, and in some cases must, make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling.

To sum up the principles established in these judgments, we can say that when the national administrations and jurisdictions implement EU law and are linked by the application of Article 51 of the Charter, they can, as far as the situation is not entirely determined by EU law, apply their own national standards relating to fundamental rights (including the European Convention). But two conditions must be respected:

- First, this application must not compromise the level of protection provided for by the Charter
- Then, the primacy, unity and effectiveness of EU law must be respected.

We can also conclude from these judgments that the Court shows that it trusts the institutions of the Member States in charge of the protection of fundamental rights to take into account EU law and also demonstrates that it attaches a high value to the national standards in the protection of fundamental rights.

Conclusion

I will conclude with the following remarks.

First, I would like to underline a few basic elements concerning the European Union legal order which are very important in order to better understand the role of fundamental rights within the said legal order but also that of the Court of the EU. It is important to bear in mind that EU law has always been meant to be a complete legal order based on a solid construction of fundamentals or principles and even if it is founded on the principle of conferral from the Member States it has developed as a «supranational legal order». It is also important to underline the role of the Court of Justice of the EU as the only institution which in an authoritative way can interpret the EU law and impose its respect and implementation and that it was through the jurisprudence of the Court that the supranational legal order of the Union has been consolidated. It was then inevitable that the Court would «take the protection of rights in its own hands and to the full extent necessary: First and foremost in its own preserve or domain; secondly, [...] in that part of the national legal order directly determined by EU law»³⁷.

Indeed, the protection of fundamental rights has always had a special place in the case-law of the Court of Justice. As I mentioned before, it is the Court itself which introduced this notion in the EU legal order, which finally led to the adoption of the Charter which is now part of primary law.

We can affirm that the Charter is now the «reference text and the starting point»³⁸ when the Court of Justice deals with a matter relating to fundamental rights. Since the entry into force of the Lisbon treaty, the Court of Justice has used this legally binding text in a substantial number of cases. It is also important to add that, even if the Charter can be seen as the major legal text used by the Court in order to ensure the respect of fundamental rights in the EU, many other sources are still at the Court's disposal.

³⁷ **P. Cruz Villalón**, *Rights in Europe: the crowded house*, closing lecture presented at the Annual Lecture of the Centre of European studies at King's College London, 2011.

³⁸ See above footnote 19.

My assessment concerning the application of the Charter to the Member States is twofold: first, the Treaty by adopting the Charter did not aim at promoting the harmonisation of the systems of protection of fundamental rights of Member States but it rather aimed at eliminating the possibility that Member States in implementing Union law would apply different standards of protection of fundamental rights; second, we observe that the Court, by applying Article 51 of the Charter, tries to preserve the application of national standards as far as it is compatible with the Charter. The clarification brought by the judgment *Åkerberg Fransson* about the scope of the Charter seems to me consistent with the case-law of the Court until now.

**III. ПРАВАТА НА ЧОВЕКА В ЕС -
НОВИ ТЕНДЕНЦИИ НА СЪОБРАЗЯВАНЕ
С НАЦИОНАЛНИТЕ КОНСТИТУЦИИ
В ПРАКТИКАТА НА СЕС**

Съдебната защита на основните права в ЕС

Проф. Жоел Ридо

Дългогодишен преподавател в Университета на Ница

„София-Антиполис“

Член на Университетския институт на Франция

*Член-кореспондент на Института по Европейско право –
София*

Лекция на изнесено обучение, Несебър, юни 2013 г.

Материята на съдебната защита на основните права позволява да бъдат формулирани цяла серия проблеми. Сред тях два въпроса изискват специално внимание. Първият кръг проблеми е свързан с правните способности за защита на основните права. Вторият е свързан с нормативната среда на защитата на правата на човека.

Наглед е логично да се започне с втория кръг проблеми – първо правната защита и правния режим и след това съдебната защита. Но тъй като не смятам да навлизам много дълбоко в механизмите на съдебната защита, което е една цяла бездна, която предполага серия от отделни занятия, ще ги представя накратко в началото, за да може да отделим повече внимание именно на втория кръг въпроси, свързани с правния режим.

I. Механизмите за съдебна защита на основните права.

Ако се направи задълбочен анализ, могат да се намерят доста основания, за да се твърди, че системата за защита на основните права има **редица несъвършенства**.

1. Една по-обща бележка например ще се отнася до констатацията, че **няма предвидено специално производство за защита на основните права**. Поради което, за да защитим някое основно право, се използват механизмите на общите производства, които са предвидени в компетентността на СЕС. При някои от последните изменения беше поставен въпросът за предвиждане на такова обособено производство. Предлагаше се закрепване в Договорите на отделно производство специално за защита на основните права. Но както знаем, това не стана факт. Една от причините да се настоява за обособено производство е, че така, както са уредени, другите предвидени производства не са достатъчно ефективни за гарантиране на максимално добра защита на основните права. И обратно пък – ако се предвиди специален ред за защита на основните права, това би позволило една по-ефективна защита на интересите на жертвата на нарушено основно право, отколкото другите производства. Например по отношение на производствата срещу институциите лесно можем да установим затрудненията, пред които е изправено едно частно лице, ако иска да защити свои основни права в отношенията си с институциите на Съюза (производството за отмяна или за бездействие). Често в доктрината има критики към съдебната система по този повод.

Подобни критики има не само в доктрината, но и вътре в рамките на Съда. Като пример могат да бъдат посочени заключения по дела на генералния адвокат Франсис Джакобс, който не пропуска да изтъкне тази слабост в своите анализи в рамките на заключенията си. Той активно предлага подобряване на системата чрез по-различно тълкуване на разпоредбите в Договора относно разпоредбите за отмяна – чл. 263 и следващите от ДФЕС, т. е. още по-голямо облекчаване на

условията за допустимост на исковете на частните лица. В същото време Общият съд възприе в известна степен предложенията на генералния адвокат Джакобс и постанови решение в посоката, предложена от него. В заключението си по делото *Pequenos agricultores* Джакобс предложи да се направи различно тълкуване на разпоредбите на Договора по начин, че да се облекчат условията за допустимост на исковете на частните лица. По този начин Общият съд въведе в действие неговите предложения. Но големият Съд отказа да последва тази линия на разсъждения на Джакобс и на Общия съд. Съдът се придържа към традиционното тълкуване на нормите и сезиран с жалба срещу решението на Общия съд, го отмени, поддържайки своето тълкуване. Позицията на Съда е следната: „Аз съм само една юрисдикция, прилагам съществуващите текстове и не искам да променям смисъла на текстовете посредством тълкуването. Ако трябва да се прави някаква промяна, това е работа на учредителите“ ...

Въпреки това Съдът полага усилия да направи системата по-гъвкава, поне по няколко точки. Като пример можем да посочим случаите относно антидъмпингови мерки, където Съдът достига до това да разработи богата практика, тъй като тази система на мерки е поставена в контекста на Общото споразумение за митата и търговията (ГАТТ) и последицие на Световната търговска организация (СТО). Така, както са уредени антидъмпинговите мерки в съюзен регламент, частните лица са много ограничени в способите си защита, тъй като регламентът е акт с общо приложение и частните лица трябва да доказват, че са засегнати пряко и индивидуално, а те очевидно не могат да бъдат засегнати пряко и индивидуално от такъв акт. Ако стриктно се прилагаха тези условия, би трябвало да се отхвърлят искове на малки предприятия извън Общността по отношение на тези мерки. Това би създавало проблеми по отношение на ГАТТ и СТО.

И Съдът направи това, което наричаме „юридическа йога“, за да може да смекчи своята позиция по отношение на антидъмпинговите мерки и да допусне атакуването им по този ред. Така стигна до концепцията за „хибридни акт“ - един

акт, който по отношение на определен кръг лица е обща акт и не може да бъде атакуван, а по отношение на други лица е индивидуален и може да бъде атакуван. Това също беше една идея, предложена от генералния адвокат Джакобс. Впоследствие Съдът се разпростря и в други области извън антидъмпинговите мерки. Можем да посочим знаковото дело *Codorniu*. Става въпрос за испански производител на вино, който се сблъсква с регламент относно наименованието за произход по отношение на сорт вино, което се произвежда в района на Алзас във Франция и в Люксембург. Кодорню продава своите вина под тази марка от 1927 г. Можете да си представите в каква ситуация се оказва дружеството, което вече не може да използва това наименование за произход. Забранителната мярка се основава на регламент, което създава пречки да се предяви иск от това дружество. Позицията на Съда е, че този общ акт засяга дружеството индивидуално. По този начин Съдът допуска иск срещу акт, определен като хибриден акт. Тълкуването на разпоредбата относно производството за отмяна не е точно това, което генералният адвокат Джакобс предлагаше. Другият механизъм, ако този с тълкуването не помага, е механизмът на изменение на текста в учредителните договори.

Този въпрос също се поставя многократно по време на междуправителствените конференции за изменение на Учредителните договори. Разбира се, без успех до сега по доста причини, на които няма да се спираме сега. В крайна сметка все пак една малко крачка бе направена с измененията, въведени с Договора от Лисабон в производството за отмяна. Може да се каже, че тези изменения опростяват и в някаква степен почитват разпоредбата. Но според мен те могат да бъдат определени по-скоро като „козметични“, отколкото като дълбоки.

2. Най-същественото изменение, въведено с Договора от Лисабон, отчита факта, че някои от съюзните правни актове не съдържат изпълнителни мерки. По този въпрос също не веднъж се е произнасял Джакобс. И разбира се, макар и индиректно той присъства в практиката на Съда с виждането, че

тези базови актове не могат да се атакуват, но винаги могат да бъдат атакувани изпълнителните актове, мерките по изпълнението, които вече са индивидуални актове и подлежат на атакуване от частните лица. Те могат да атакуват както съюзните изпълнителни актове, така и националните, като в единия случай делото се води пред Съда в Люксембург, в другия – пред националния компетентен съд.

Но срещу това виждане на Съда може да се направи възражение – ако не бъдат приети изпълнителни мерки, частното лице остава без достъп за атакуване на основния акт, независимо, че може да става дума за съществен порок или за съществено засягане на интересите на частните лица, които не могат да го атакуват. Този проблем доведе до приемане на съответното изменение в чл. 263 на ДФЕС, където вече се казва, че „всяко физическо или юридическо лице може да заведе иск, съгласно условията, предвидени в първа и втора алинея, срещу решенията, които са адресирани до него или които го засягат пряко и лично, както и срещу подзаконов актове, които го засягат пряко и които не включват мерки за изпълнение“.

2.1. Новото е именно в края на ал. 4. Това изменение не трябва да бъде пренебрегвано, но неговият ефект остава ограничен. То е по-скоро един знак, че законодателят мисли по въпроса, но на практика с нищо кой знае какво не допринася. Напротив, дори поставя въпроси, свързани с тълкуването на този текст. Например въпроса относно това какво се означава с „**подзаконов акт**“. Нямаме понятие за подзаконов акт. Договорът урежда законодателните и незаконодателните актове, но не и т. нар. „подзаконови“ актове. Очевидно самият Съд трябва да определи какво се разбира под „подзаконов акт“, когато определя допустимостта на иск за отмяна. В момента има висящо дело пред Съда, което засяга този въпрос по жалба срещу решение на Общия съд. Последният приема, че подзаконов акт означава незаконодателен акт по смисъла на Договора. В доктрината не закъснях публикациите, които критикуват това разбиране на Общия съд. Изисква се голяма смелост на доктрината, за да може да се справи с понякога

абсурдни виждания на съда. Аз и някои други автори в доктрината подкрепяме напълно виждането на Общи съд, което сякаш е единственият възможен и логичен прочит на текста. Надявам се, че Съдът ще отхвърли жалбата срещу решението на Общия съд и ще потвърди това тълкуване на чл. 263 *in fine*.

2.2. Вторият интересен въпрос, свързан с тълкуване на разпоредбите, е какво се разбира под това **актът да не съдържа изпълнително мерки**? На пръв поглед сякаш е ясно и очевидно, но ако се направи по-задълбочен анализ, ще се установи, че проблемът е много по-сложен. Понякога някои актове формално не съдържат изпълнителни мерки във връзка с друг акт, но по същество са точно това. Става дума за класическата хипотеза, при която имаме базов регламент, който предвижда приемането на акт по прилагането му, т. е. на изпълнителен регламент според старата терминология, която не е отменена, тя просто е доктринална терминология, не е договорна. Тя определя вида на акта – базов и изпълнителен, вторият приет в изпълнение на, въз основа на другия, и представлява изпълнителна мярка. Вторият естествен пример за изпълнителни мерки са случаите, когато един нормативен акт предвижда приемането на индивидуални актове по прилагането му, т. е. да бъде изпълняван чрез индивидуални правни актове, адресирани до конкретни частни лица (например в материята на конкуренцията).

Освен това, имаме цял кръг проблеми, свързани с националните изпълнителни мерки, където очевидно е по-трудно да се установи пряката връзка на подчиненост между националния правен акт, бил той общ, нормативен или индивидуален, и съюзния базов акт. В този смисъл разпоредбата на чл. 263 от ДФЕС трябва да се чете като отнасяща се и до националните изпълнителни мерки.

Идеята е следната: когато има изпълнителни мерки, национални или съюзни, частното лице може да атакува този изпълнителен акт, който го засяга, няма пречка да го атакува и пред националния съд или пред съюзния, когато става дума за съюзен акт, а сега му се дава възможност да атакува такива актове, които не съдържат изпълнителни мерки, т. е. не пред-

полагат изпълнителни мерки, които досега бяха неатакуеми за частните лица.

Много оживени дискусии предизвика този въпрос, когато генералният адвокат Джакобс го постави. Позицията на Съда по делото, по който този въпрос се постави, за разлика от това, което приема Джакобс, е, че не е възпрепятствано правото на достъп до съд на частните лица, тъй като те имат възможност да атакуват изпълнителните мерки, националните пред националния съд, съюзните пред Съда в Люксембург, и по този начин да постигнат прогласяване на невалидност на базовия акт.

Тъй като, атакувайки изпълнителната мярка, те казват, „Да, порокът е в този акт, на който изпълнителният се явява продължение“, т. е. частните лица не са напълно лишени от достъп до съд. Или когато има съюзен правен акт, който съдържа мерки по изпълнение, той не може да бъде атакуван от частните лица директно, защото те могат да атакуват изпълнителните актове, които ги засягат директно. Когато съюзният правен акт не предвижда изпълнителни мерки, има вече възможността, предвидена след Лисабон, да го атакуват, ако докажат, че ги засяга. Това е същността на промяната.

Това именно виждане на Съда провокира приемането на иричен текст в чл. 263, ал. 4 на ДФЕС. Всъщност това е един зле написан текст, ярък пример за онова, което някои наричат „усложнено опростяване на Договорите“. Защото от една страна имаме номенклатура на актовете в чл. 288 от ДФЕС – видовете актове, които институциите приемат, след това имаме новата категоризация на законодателни и незаконодателни, при което регламент по чл. 288 от ДФЕС може да бъде законодателен или незаконодателен, и след това имаме пък промяната в чл. 263 от ДФЕС (старият текст на чл. 230 говореше за атакуване на регламенти от частни лица, а тук вече се говори за атакуване на подзаконови актове).

Много по-просто изглеждаха нещата в редакцията на Конституцията за Европа от 2004 г. Конституционният текст беше по-опростен, защото използваше различни наименования на актовете, когато ги различава на законодателни и не-

законодателни – европейски закони и отделно регламенти, а не както сега регламентът да може да бъде и законодателен, и незаконодателен, т. е. Лисабон усложни тази терминология, вместо да я опрости... Оттам следва и това объркване в чл. 263 от ДФЕС, което виждаме с понятието „подзаконови актове”.

3. Вторият кръг въпроси, на които ще се спрем, касае системата на съдебна защита и по-конкретно **въпросът за участието на националните съдии**. Както знаете, моето виждане е, че съдебната система на ЕС включва съдиите в Люксембург и националните съдии. Въпросът е дали националните съдебни системи от своя страна са адаптирани и годни да предоставят достатъчно висока защита на основните права, които съюзното право гарантира. Има ли адекватни съдебни способности, адаптирани ли са те към защитата на основните права на ЕС, как трябва да се променят? Чл. 19, § 1, ал. 2 на ДЕС относно Съда определя, че държавите членки сами трябва да създадат правните средства, необходими за осигуряването на ефективна правна защита в областите, обхванати от правото на Съюза. Тук сме в условията на приложен принцип на процесуална автономия на държавите членки и в същото време приложение на принципа за лоялно сътрудничество („държавите вземат всички необходими мерки”) и освен това сегашното глаголно време на текста предполага, че не всички държави или не достатъчно са създали необходимите правни способности.

Другият аспект на този въпрос е **доколко пък националните съдии са склонни или подготвени** да прилагат съществуващите национални правни средства и предвидените производства или пък да ги тълкуват така, че да могат да гарантират ефективна съдебна защита на националните права. Аз лично съм доста скептичен по отношение на реалната готовност на националните съдии да правят това. Вече повече от 30 години водя курса по Европейско право и съдебна защита в Националното училище на магистратурата (аналог на Националния институт на правосъдието в България) и през аудиторите ми са минали поне 2500 френски съдии. През

тези толкова много години успях да се убедя, че макар че Франция е държава учредителка, с огромен принос и усилия за изграждането на съюзния, преди това на общностния правопорядък, една не малка част от действащите съдии се държат или мислят сякаш изобщо не са разбрали, че е създадена интеграционна конструкция. Моят колега проф. Amis Barav веднъж спомена, че ако се разгледа работата на френските национални съдии, човек би си задал въпроса присъединявала ли се е Франция към ЕО и ЕС изобщо... Нещо, което е абсурдно. Сега, 60 години след началото на интеграцията, си давам сметка колко трудно е било на кръстоносците, които са разнасяли идеите на християнството в езическите държави, ние засега поне не сме подложени на мъчения като тях...

II. Трите режима в нормативната уредба на основните права

1. Вторият кръг въпроси е свързан с нормативната уредба на правата на човека в ЕС и сложното сътрудничество на трите режима. В правната система на ЕС днес можем да говорим за **няколко категории норми относно правата на човека**. Веднъж имаме съюзни норми в тесния смисъл на думата, имаме национални норми и към тези два порядъка норми се добавя Европейската конвенция за правата на човека (ЕКПЧ) от 1950 г. Както знаем, ЕКПЧ е част от източниците на правото на ЕС и днес, макар присъединяването на ЕС като страна към Конвенцията все още да не е осъществено. Евентуалното присъединяване на ЕС само ще официализира действието на Конвенцията и, което е по-важно, ще позволи създаването на още един правен способ за защита на правата на човека, вече пред съда в Страсбург срещу съюзни актове. Но и отделно от това Конвенцията е част от съюзното приложимо право, част от правната система на ЕС. Това е ясно прогласено в чл. 6, § 3 на ДЕС и всъщност там е кодифицирана една богата съдебна практика в този смисъл. Съдът все по-интензивно се позовава на ЕКПЧ в своите решения. И при това той се позовава не само на текстовете, на разпоредбите на ЕКПЧ, но и на практиката на Съда в Страсбург.

2. С приемането на **Хартата на основните права на ЕС** отидохме дори още по-далеч. Сред т. нар. „хоризонтални разпоредби“ на ХОПЕС (чл. 50 и сл. по отношение на тълкуването и прилагането на Хартата) чл. 52, § 3 урежда въпроса за действието на тези разпоредби на ХОПЕС, които съответстват, кореспондират на съответните разпоредби на Конвенцията. Тези норми ще имат съдържание и действие както по Конвенцията. И второто изречение, което е много съществено, определя, че това не пречи ЕС да предостави по-засилена защита, т. е. Конвенцията дава само едно минимално ниво на защита. Точно затова е необходимо ХОПЕС да бъде четена не-разделно от разясненията към нея. Разясненията по отноше-

ние на чл. 52, § 3 изрично обръщат внимание на практиката на Съда в Страсбург. Както съюзният съд от една страна, така и националният съд от друга страна, когато прилагат съответните разпоредби на Хартата, трябва да ги прилагат в светлината на, отчитайки, съответните разпоредби на Конвенцията и практиката на Съда в Страсбург по тези разпоредби на Конвенцията. Така тези разпоредби на ХОПЕС на практика дават една приложимост на Конвенцията, сравнима с онази, която би имала, ако ЕС бе страна по нея, но става дума само за разпоредбите, които са идентични, не за всички.

3. Всъщност съществената промяна, която би донесло присъединяването на ЕС към Конвенцията, е, че то ще позволи тя да се прилага директно, а не чрез посредничеството на ХОПЕС, което от нормативна гледна точка не е кой знае колко съществена разлика. **Същественото значение** на присъединяването на ЕС към Конвенцията не е нейното нормативно действие, а възможността да се използва нейното процесуално измерение, достъп до съда в Страсбург срещу съюзни актове, т. е. не в правата, защитени от Конвенцията, а в съдебния механизъм за гарантирането им е съществената разлика!

4. От друга страна самата Харта **съдържа и другия ред норми** относно правата на човека, а именно тези, които произтичат от общите конституционни традиции на държавите-членки. Именно чл. 53 на ХОПЕС изрично закрепва това препращане към националните конституции отново като трансверсална, хоризонтална разпоредба, засягаща всички закрепени в Хартата права. Макар и в края на изречението изрично да се подчертава, че никоя разпоредба на хартата не може да бъде тълкувана като нарушаваща или ограничаваща защитата на основните права, гарантирана от редица източници – от международното право (и международните конвенции, по които Съюзът или всички държави-членки са страни и по-специално от ЕКПЧ), както и от конституциите на държавите-членки. Всъщност въпросът, който може да възникне, е относно това как във всяка от отделните правни

системи да се осъществи това „вземане предвид“, това зачитане на всички референтни актове, които Хартата изрично посочва. Очевидно проблемът е свързан не с отчитането на ЕКПЧ, която е писан източник и която така или иначе обвързва всички ДЧ. Той засяга националните конституции, мястото, което защитата на правата на човека, произтичаща от съюзния източник трябва да заеме в конституционната система на съответната държава...

5. Възниква и въпросът относно **отчитането на това голямо ветрило от референтни източници в рамките на правната система на ЕС.** Това е въпрос, на който все още няма отговор в практиката. Дълги години Съдът утвърждаваше защитата на правата на човека чрез формулировката за общите правни принципи (които доц. Семов нарича „основни правни принципи“, за да се използва прилагателното „общи“ само за тези, които са общи за конституциите на ДЧ). Всъщност ставаше дума просто за съдебна практика, в която съдът е намирал повод да признае за основни принципи отделни норми, отделни принципи на правото. Но очевидно тук нямам как да търсим една предопределеност на практиката, тъй като тя е винаги инцидентна, няма каталог. И дори когато изрично беше записано, че Съюзът зачита основните правни принципи, това не промени на практика нещата, защото остава неясно кои са те... В чл. 6 от Договора от Маастрихт и сега е запазена старата редакция...

6. Освен това остава открит въпросът какво е точно мястото на тези основни правни принципи в йерархията на съюзните източници, какъв е рангът им. Дали това са „**надзаконодателни**“ права, т. е. дали стоят само над производното право, при което остава въпросът какво е мястото им по отношение на Учредителните договори: дали са с еднакъв ранг или са евентуално и над първичното право, дали действа презумпцията, че първичното право е *ipso jure* съобразено с тези основни правни принципи, присъщи на всеки правопорядък.

Въпросът изобщо не е доктринален, само теоретичен или философски, а е със съвсем практически измерения: как да отсъди съдът в случай на ситуация, при която се сблъскват една от основните свободи, гарантирана в УД, и една свобода, която е основен принцип на правото, каквато е да речем свободата на волеизявление и на политическа демонстрация. Какво се случва при сблъсък на основен принцип на съюзния правопорядък, като четирите свободи, които са неговият гръбнак, с основен принцип на всеки правопорядък, каквито са някои от основните права? Дали ще приемем, че спрямо гарантираните от Учредителните договори свободи, примерно четирите свободи на движение, следва да не се прилага този общ принцип или обратното: ще се окаже, че той може да ограничава тези четири свободи? Защото именно това показва практиката на Съда: правото на стачка е по-висше право от правото на свободно движение. Съдът, разбира се, опитва да намери миролюбиво решение на този наглед тежък въоръжен конфликт, защото става дума за най-тежката артилерия на правото – първично и „надпървично“. И този миролюбив подход на Съда се осъществява чрез прилагане на концепцията за пропорционалност (нарочно използваме термина „концепция“, а не „принцип“, добре знаете, че принципът на пропорционалност в правото на ЕС е нещо друго, свързано с начина на упражняване на предоставените на ЕС компетенции). За да може да примири този наглед тежък конфликт между правото на свободна изява на мисълта и волята и правото на протест и на стачка от една страна и произтичащото от него фактическо ограничаване на правото на свободно движение, защото е блокиран градът, границата и т. н., Съдът използва критерия пропорционалност – дали ограниченията на свободното движение, които правото на протест налага, са пропорционални на необходимостта на протеста или са прекалени – и от това да се прецени как да се реши конкретният спор. Немският генерален адвокат по това дело приема, че тези основни принципи са най-малкото с ранг, равен на първичните източници и подсказва обаче евентуалната необходимост те да бъдат поставени дори над

първичните източници. Съдът избягва да се ангажира с ясен отговор на така поставения от генералния адвокат проблем. Решението по-скоро подсказва равнопоставеност на принципите на съюзното право, като например четирите свободи, и основните правни принципи, като например свободата на изразяване на мнение, в частност на протест. Съдът неприкрито търси помиряване, съжителство между тези два кръга принципи – съюзните и основните.

Естествено, самото желание те да бъдат помирени, предполага да бъдат равнопоставени, разглеждани като равни, и кой от двата е „по-равен“ ще зависи именно от пропорционалността, от мярката, старото гръцко правило, че мярата е всичко...

Въпросът стана още по-интересен с влизането в сила на Хартата като първичен източник с Лисабонския договор, защото Хартата закрепва като принципи (според г-н Семов неуместно...) редица разпоредби на Учредителните договори – например правото на свободно движение – докато основните правни принципи са някак леко оставени на страна... Очевидно тук идеята е, че съществува презумпцията, че след като имаме вече изрично закрепена Харта за основните права, с претенцията за изчерпателност, това е и нейният смисъл. Ако едно право е „основно“, то е закрепено в Хартата „за основните права“ и не се налага да бъде извлечено от основните правни принципи, както трябваше да постъпва Съдът преди Хартата да стане източник. Преди да се приеме Хартата за основните права, Съдът извеждаше, защитаваше основни права, твърдейки, че те са общи (за всички ДЧ) правни принципи и се „вдъхновяваше от общите правни принципи“. Хартата би трябвало да кодифицира всички основни права и вече да не се налага да ги търсим в общите правни принципи, защото ги има в нея...

7. Днес се намираме в една качествено нова ситуация. **Въпросът за йерархичното място** остава актуален въпрос. Самите основни права, закрепени в Хартата, са вече първичен източник. Наглед това би трябвало да опростява нещата, тъй

като УД и ХОПЕС, която те обявяват за неделима част от тях, са заедно първично право, първични източници, т. е. формално има пълна равнопоставеност между отделните разпоредби на УД и разпоредбите на Хартата (правата, гарантирани от хартата). И би било добре, ако беше така.

Остава обаче един скрит въпрос, който е неизбежен: дали, ако могат се установят известни различия във формулировките или в съдържанието на отделните норми на УД и на Хартата, това не изисква да се изясни въпросът за йерархията между тях, т. е. коя не бива да противоречи на другата. И обратно, въпросът може да се постави и от гледна точка на отделни национални разпоредби, например в Германия, където се приема, че в рамките на немския основен закон има едно твърдо ядро на супер-конституционни норми, част от които са основните права на човека. Теоретично би могъл да възникне въпрос относно сблъсъка на тези два иначе равнопоставени правопорядъка – конституционните традиции на държавите-членки или основните конституционни принципи и онова, което е предвидено в първичното право на Съюза (било в УД, било в Хартата). Възможно е едно гъвкаво решение на този въпрос, което се изразява в това те да **бъдат тълкувани така, че да се избегне противоречие** и по този начин да се постига примиряване на двата правопорядъка, примерно съюзните норми да се тълкуват винаги в светлината на националните върховни конституционни норми. Но това решение не е безспорно, защото понякога не може по тълкувателен път да се преодолее едно дълбоко противоречие. И тогава въпросът все пак отново ще се постави кое от двете прилагаме. Разбира се, това е практически ограничена хипотеза, но напълно възможна и тя трябва да се има предвид и нейния отговор предстои. Засега той е неизяснен...

8. Другото измерение на този проблем е свързано именно с **тежката задача на съдията**, бил той национален или съюзен в Люксембург, **да се справи със съжителството на тези три режима** – съюзната Харта, Европейската конвенция и националните конституционни норми за правата на човека.

Отново трябва да подчертаем, че проблемът не е ежедневен, тъй като в огромната си част тези три порядъка си съвпадат, дублират се, класическите права и свободи са идентични – в Хартата, в Конвенцията и в националните разпоредби, включително и защото хронологично, чисто житейски те са се вдъхновявали една от друга. По-новите конституции, като българската например от 1991 г. (в това отношение тя е сравнително модерна), в голяма степен се вдъхновяват и повтарят понякога почти буквално разпоредби на Конвенцията, Хартата пък, която е последен по време акт, в голяма степен копира Конвенцията и някои национални конституционни разпоредби, за да бъде пълноценна, модерна и пълна. Можем да говорим за едно еднакво съдържание във всички тези три системи на защита на основните права. И естествено отново като отчитаме епохите, времевия фактор, има и различни текстове, различни разпоредби. Хартата отива очевидно по-далеч от Конвенцията, закрепва някои права, които не са закрепени в Конвенцията, включително и поради факта, че тя става правен факт 6 десетилетия по-късно (Конвенцията е от 1950 г.).

9. Проблемът е не толкова по отношение на самите текстове в различните три кръга източници, а по скоро по отношение на **тяхното тълкуване и прилагане**. Именно там могат да възникнат реални проблеми поради възможните разлики в тълкуването от отделните съдилища, т. е. почти идентично написан текст в една национална конституция, в Хартата и в Конвенцията, да бъде четен и тълкуван различно от националния съд, от съда в Страсбург и от съда в Люксембург. Проблемът изглежда сякаш по-лесно разрешим в случай на подобно разминаване между тълкуването на Конвенцията от Съда в Страсбург и Съда в Люксембург с изискването Съдът в Люксембург да се съобразява с практиката на Съда в Страсбург, изрично закрепено в Хартата. В чл. 52, § 3 на Хартата е записано изискването съдиите – съюзни или национални – да прилагат разпоредбите на Хартата, които съответстват на

текстове на Конвенцията, в светлината на (отчитайки) практиката на Съда в Страсбург по прилагането на Конвенцията.

От друга страна, въпреки че през годините все пак са възниквали хипотези, при които има различия в тълкуването на един и същи текст от съдиите в Люксембург и в Страсбург, макар и не толкова съществени различия, но все пак видими, двете съдилища са положили големи усилия да съгласуват практиките си – от една страна, първо Съдът в Люксембург се съобрази, влезе в линията на Съда в Страсбург, а от друга страна пък Съдът в Страсбург се старее също да отчита спецификите на съюзното право, които са отразени в практиката на Съда в Люксембург. Но отново става дума за воля, а не за гаранция. Няма гаранция, че тълкуването ще е еднакво. Рискът от различия в тълкуването между двете съдилища би намалил още повече, ако Съюзът най-сетне стане страна по Конвенцията, защото като страна по Конвенцията той би бил обвързан, респективно неговите съдилища (съставляващи Съда на ЕС в Люксембург) биха били обвързани с практиката на Съда в Страсбург и Съдът в Страсбург би бил условно казано една външна инстанция, един външен механизъм за контрол, включително по отношение на актовете на самия Съд в Люксембург. Това е целта на присъединяването, дълбокият му смисъл.

Всъщност по-големият проблем на този вид съжителство е неговото друго измерение – **съжителството между защитата на съюзно равнище и защитата на национално равнище**. Какво би се случило, ако има разминаване между защитата, която съюзното право (Съдът в Люксембург) гарантира, и защитата, която предоставя или не предоставя един национален съд? В огромната част от случаите навярно разминаване няма да има и съответно единият съдия ще реши делото така, както го решава другия съд – например Съда в Люксембург.

Нека вземем за пример много съществено право на ефективна съдебна защита, право на достъп до съд. Това е едно основно право, на практика защитено от всички системи за защита на правата на човека. Но повече от ясно е, че то подлежи на различни видове тълкуване и може да варира в

различните системи, примерно някои актове да не подлежат на съдебно атакуване – каквито примери има и в българската правна реалност. Ако си послужим със сравнение, във всяка национална система има една бутилка бира, но съдържанието е различно, течността е различна, градуса, горчивината и т. н. И възниква логичният въпрос какво се случва в този случай? Един сравнително скорошен пример може да бъде посочен от Франция от 4 април 2013 г.: един безпрецедентен акт, за първи път в историята френският конституционен съвет отправи преюдициално запитване до Съда в Люксембург, повтарям: за първи път от 60 години. От една страна това е много забележителен факт, тъй като до сега 6 десетилетия Френският конституционен съвет отказваше да се признае годен, компетентен да отправя преюдициални запитвания и отказваше да го прави. Но както знаем, винаги има първи път. Тази промяна във виждането на Конституционния съвет отразява еволуция, включително и на компетенциите на самия Конституционен съвет. Тъй като до сега разбирането беше, че той може да осъществява контрол за конституционност само предварително, само контрол a priori. Той можеше да бъде сезиран от определен, доста ограничен кръг субекти и да бъде сезиран a priori, преди влизането в сила на даден закон или международен договор. В производството пред него няма реални страни. Освен това той се считаше обвързан от определени сравнително къси срокове за произнасяне по конституционното дело и това беше един от мотивите му да не отправя преюдициални запитвания, които биха във всички случаи излезли много извън срока, в който той трябва да реши конституционното дело.

Но с измененията във френската конституция от 2007 г. се предвиди, че Конституционният съд може да осъществява и последващ контрол за конституционност на законите, както го прави българският съд. Тази промяна е направена включително и с цел да се гарантира защитата на основните права и свободи. Разбира се, тази възможност не е абсолютна, тя минава през филтъра на Държавния съвет, който играе ролята на върховен административен съд. Тази възможност

е предвидена в случай на дело пред административната или касационната върховна национална юрисдикция и ако някоя от страните постави въпроса за конституционосъобразност на закон, съответният съд може да прецени, че въпросът е основателен, уместен, и да отправи запитване за преценка на конституционосъобразността на закона до Конституционния съвет, т. е. да го сезира a posteriori. Това се нарича „приоритетен въпрос за конституционосъобразност“. Очевидно това е една съвсем нова хипотеза в сравнение с досегашното функциониране на Конституционния съвет, тъй като вече става дума за въпрос, отправен до него по повод всячко дело пред юрисдикция – административна или касационна. Тази ситуация вече позволява на Конституционния съвет да промени виждането си по отношение на възможността и необходимостта самият той да отправя преюдициални запитвания до Съда в Люксембург, тъй като вече неговото произнасяне става относимо към съдебно производство пред съдебен орган (Конституционният съвет във Франция, както Конституционният съд в България, не са съдебни органи, те не са част от съдебната система).

Делото е известно с името на една от страните по висящото пред юрисдикцията дело Джереми Ф. Идеята е да се запази анонимността на лицето, но всички знаят за кого става дума, това е една „обществена тайна“, вкл. благодарение на пресата и в частност британската преса... Става дума за един британски учител, който заминава за Франция с една от своите ученички – 15 годишна, несъмнено само за да ѝ покаже достиженията на френската култура... Британските правозащитни органи реагират незабавно и го подгонват за отвличане на дете. Британските власти издават европейска заповед за арест, изпратена веднага във Франция. Френският компетентен орган постановява изпълнение на европейската заповед за арест. Джереми Ф. не възразява, той е арестуван и върнат във Великобритания. Британските власти обаче си дават сметка, че с обвинението за отвличане на дете не могат да постигнат кой знае какъв резултат срещу него, вкл. и предвид установения факт, че това „дете“ е заминало напълно доброволно със своя

учител „на разходка“, без какъвто и да било елемент на насилие, който да оправдае състав на престъпление. Британските власти искат от френските разширяване на диспозитива на европейската заповед за арест, като включат друг състав на престъпление, свързан с осъществяване на сексуални действия спрямо малолетен. Френските власти се съгласяват да се разшири текстът на европейската заповед за арест, нейното основание, но обвиняемият абсолютно не е съгласен с това, т. е. той не е възразил и затова е осъществена лесно първата хипотеза, когато е заподозрян (още не обвиняем) за отвлечение, но категорично не е съгласен да бъде арестуван като заподозрян за такъв вид сексуално престъпление. Тъй като европейската заповед за арест е въведена чрез европейско рамково решение по старата уредба на ДЕС, т. е. подобие на директива по „третия стълб“, и изисква транспониране, френският транспониращ закон предвижда възможност за обжалване на решението за задържане и изпращане в другата държава, но изрично посочва, че ако има разширяване на диспозитива на европейската заповед за арест, решението не подлежи на съдебно атакуване. Джереми Ф. твърди, че е ограничено правото му на съдебна защита като основно право. Въпросът стига до Касационния съд и той го изпраща на Конституционния съвет. Въпросът е дали този текст във френския наказателен кодекс, който транспонира европейското рамково решение относно европейската заповед за арест, е съобразен с Конституцията на Франция и с гарантираното от нея право на съдебна защита. Френският конституционен съвет трябва да се произнесе дали текстът на закона е съобразен с конституцията. Но по този повод, тъй като текстът на закона е транспониращ текст на европейското рамково решение, френският Конституционен съвет решава да изпрати преюдициално запитване за тълкуване на европейската норма. Той иска от Съда в Люксембург да разтълкува европейското рамково решение, транспонирано чрез френски закон. Френският конституционен съвет иска да разбере дали, когато френският законодател предвижда във френския закон, че това решение няма да подлежи на съдебно атакуване, е действал обвърза-

но от европейското рамково решение, т. е. дали европейското рамково решение изисква такава норма в националното законодателство или не. И тъй като става дума за задържано лице, запитването е по спешното производство, съдът в Люксембург отговаря на 30 май. И определя, „не, текстът на европейското рамково решение относно европейската заповед за арест не налага на националния законодател да предвиди неатакуемост на тези решения“. Законодателят сам може да предвиди дали те да бъдат атакуеми или не, включително и поради простата логика, че ако съдът беше казал: „да, европейското рамково решение налага такава атакуемост“, би било нарушена съюзната норма относно правото на съдебна защита като общ принцип и решението би противоречало на тези общи конституционни традиции на държавите-членки, които гарантират правото на достъп до съд.

След като СЕС отговаря, френският конституционен съвет се произнася на 14 юни 2013 г. (дни преди нашата лекция днес!), като прави анализ на съответствието на този текст в наказателния кодекс, който ограничава атакуемостта, и френския основен каталог на конституционните права и в частност Декларацията за основните права, която е част от Френската конституция. Логично той констатира и прогласява, че този текст във френския наказателен кодекс, който обявява тези актове за неатакуеми, противоречи на Конституцията.

Този пример е от една страна много показателен, но от друга и много елементарен, тъй като в конкретната хипотеза имаме идентичност на разбирането за защитеното право, в частност правото на достъп до съд, и няма разминаване между европейската концепция и френското конституционно съдържание на това право. Но проблемът би възникнал в друга хипотеза, ако има различие във виждането, в съдържанието на наглед едно и също право. В първата хипотеза примерът е учебнически – щом текстът, казва, че даден съдебен или административен акт е неатакуем, очевидно имаме нарушено право на съдебна защита, отказано е право на достъп до съд. Много по-вероятно е да има различие, когато има право на съдебна защита, но възниква въпросът какво включва пра-

вото на съдебна защита, колко инстанции, какъв обем, при каква допустимост и т. н. при иначе атакуем акт.

Знаково дело в този смисъл е делото *Meloni* от 2013, разглеждано от Големия състав на Съда по повод преюдициално запитване от испанския Конституционен съд, отново във връзка с европейската заповед за арест. Казусът е подобен на този, който беше решен на 29 януари 2013 г. по делото *Radu*. И в двата става дума за европейска заповед за арест и за задържано лице. Това е изрично предвидено в чл. 267 на ДФЕС, в който се допуска спешно производство. По делото *Meloni* става дума за един италиански гражданин, осъден в Италия. Този италианец е осъден от италиански съд, но физически се намира в Испания, тъй като му е наложена мярка за неотклонение, но когато идва време да се гледа делото по същество и да се постанови присъда, той не се явява пред съда. Избягал е в Испания и затова Италия сезира Испания да го върне. Един от аргументите, с които той се противопоставя на задържането му е, че е осъден без негово участие, че адвокатите, които са го представлявали, не са го представлявали както трябва, правата му не са били защитени. Въпреки това испанските власти решават да го върнат в Италия. Тъй като испанското законодателство го позволява, той подава индивидуална конституционна жалба пред испанския конституционен съд с мотива, че са нарушени негови конституционни права. Испанският конституционен съд трябва да прецени дали са нарушени основни конституционни права на този човек – макар и чужденец, той има същите гарантирани от испанската конституция права – и дали испанските власти са можели да откажат екстрадирането му, преценявайки дали е гарантирано неговото право на ефективна съдебна защита по делото в Италия.

При това европейското рамково решение относно европейската заповед за арест не предвижда подобно основание като аргумент да се отказва изпълнение на една европейска заповед за арест. От една страна възниква проблем – европейската заповед за арест би се обезсмислила като инструмент, ако съдът, по-общо властите, на другата държава подлагат на преценка преценката на този, който е издал заповедта за арест.

Това е смисълът на този инструмент – да действа директно. Но испанският съд трябва все пак да прецени конституционността и той се позовава на своята практика, която приема, че е възможен отказ или преразглеждане на европейска заповед за арест при подобни основания.

Всъщност големият проблем тук е за **съотношението между испанското конституционно право** и практиката на испанския конституционен съд по него от една страна **и европейското право** и в частност европейската заповед за арест от друга страна. В крайна сметка въпросът се свежда до принципа на примата – дали може да пренебрегне приматът на една съюзна правна норма, тъй като европейска заповед за арест е това, тъй като противоречи на конституционно гарантирани основни права на човека в една държава членка. Кое от двете ще има примат – общия принцип за съюзния примат или друго?

И тъй като испанският конституционен съд отправя преюдициално запитване до Съда в Люксембург, в крайна сметка същественият въпрос се завърта около това (и на това акцентира генералният адвокат в своите заключения): тълкуването на чл. 53 на ХОПЕС, който изрично препраща към конституционните традиции и тяхното зачитане. В заключенията си генералният адвокат анализира три възможни начина за тълкуване на този текст, различни от виждането на испанския конституционен съд, отправил запитването. Според генералния адвокат е неприемливо подобно позоваване на националните конституции за неприлагане на съюзна норма, тъй като това би застрашило съществено принципа на примат на съюзното право, който е свързан до голяма степен със смисъла на съществуването на това самото съюзно право и мантрата за еднаквото прилагане на съюзното право в отделните държави-членки с аргумента, че ако всяка държава може да прилага собствена система на защита на основните права, то съюзното право не би могло да се прилага еднакво в тях., то няма да е единно.

Във всички случаи под въпрос е поставено значението на другата класическа разпоредба – на чл. 4, § 2 на ДЕС, в кой-

то изрично се декларира, че Съюзът зачита националната идентичност, присъща на основните структури на държавите-членки. Разпоредбата на чл. 53 на ХОПЕС не позволява да се определи кой е идеалният стандарт по отношение на съответното право, за да се прилага той.

Всъщност по делото *Meloni* Съдът потвърждава практиката си по делото *Radu* от януари 2013 г. , а в момента има и висящо дело пред Съда по запитване от австрийския Конституционен съд, който формулира проблема напълно ясно, без заобикалки. Запитването се отнася до въпроса за примата на съюзните норми над националните норми от конституционен ранг по отношение на правата на човека.

Бележка на превеждащия лекцията доц. Атанас Семов:

Признавам, че съм леко смутен от тази нова практика на Съда. Това е моя хронична болест на изследовател от самото начало на заниманията ми с правото на ЕС – имам нагласа да реагирам много позитивно на всеки опит за утвърждаване на принципа за примата, защото бе него съюзното право няма смисъл. Но въпреки това не спирам да си задавам въпроси, свързани с този важен принцип: доколко винаги върши работа класическата формула за еднообразното прилагане на съюзното право и дали можем, както пише на някои френски кръстовища, да продължаваме напред, все едно наоколо няма нищо...

Едно модерно, по-гъвкаво и по-коректно виждане изисква да се отчита, че в тази сложна интеграционната система, в това право на съюз със суверенни държави-членки, простият отговор за примат, който винаги трябва да дава надмощие на съюзна норма над националната, е непригоден отговор, особено по отношение на конституционните разпоредби за основните права. **Приматът**, колкото и да е изключително важен и без него да няма съюзно право, **не може да бъде безмилостен**. Трябва все пак да се отчита възможността някои национални конституционни разпоредби да ограничават понякога действието на съюзните норми въпреки идеята за примата...

Осъзнатата необходимост да се търси компромисно виждане не допуска брутална съдебна практика, която постулира „примат на всяка цена и нищо друго“. В последните години в практиката на Съда на ЕС има една видима тенденция – включително и чрез неформалния диалог между Съда и националните конституционни съдилища – Съдът леко да отстъпи от безусловността на примата и да търси малко по-гъвкав подход по отношение на националните конституции и на националните конституционни съдилища, които от своя страна показваха склонност през последните години по-недвусмислено да зачитат практика на съда в Люксембург, включително по отношение на примата.

Бележка-отговор на проф. Жоел Ридо:

Именно в такива дилеми намира пълния си блясък красотата на европейското право и ролята на доктрината, чиито вярвам силни представители се явяваме ние двамата... Всеки абсолютизъм се самоотрича! **Проявявайки гъвкавост и склонност за частично отстъпление, Съдът на ЕС всъщност засилва позициите на съюзното право. Гъвкавият примат е по-силен от абсолютния!...**

Затова Ви благодаря за вниманието и се надявам да ме поканите пак!...

**Преоценка на съотношението
на Конституционното право на ЕС
и Конституционното право на ДЧ?
(Ново развитие в концепцията за съюзното гражданство в практиката на Съда на ЕС)**

Проф. Жан-Дени МУТОН

*бивш Директор на Европейския университетски център –
Нанси*

*Кавалер на Почетния легион на Франция
Почетен доктор на Софийския университет „Свети
Климент Охридски“*

*Член-кореспондент на Института по Европейско право –
София*

Лекция от януари 2013 г.

Добър ден на всички, които в този студен и съботен зимен ден са изпълнили залата! Държа да ви кажа, че много се радвам, че отново съм в София. Може би това е седма година, в която идвам в София в рамките на тази магистратура, но е поне десета година в рамките на обученията, на различните курсове за обучение по Европейско право, които се организират в България.

Лекцията, която ще предложа на вашето внимание тази година, е различна от тези, които изнасях през предишните години, защото настоятелно бях помолен за това от моя студент и ваш преподавател Атанас Семов, а и на мен ми се иска да направя нещо ново, нещо различно...

В този курс лекции ще се опитам да отразя **най-новите тенденции в съдебната практика, в юриспруденцията на Съда на ЕС**. Ще разгледам и някои дела, които вие вече познавате, но които изискват анализ и добро разбиране.

Целта на тези лекции е преоценка на съотношението между конституционното право на ЕС и конституционното пра-

во на държавите-членки. Като, разбира се, вземем под внимание най-новите тенденции в това съотношение.

От доста години наблюдавам и отразявам в моите публикации, в статиите, в трудовете си, една тенденция: **ЕС се променя!**

Тази промяна се изразява не само в това, че много нови държави се присъединиха към ЕС, сред тях, разбира се, и България, но ЕС се променя и по отношение на своите методи. През първите 50 години в изграждането на единна Европа целта, която на практика беше нещо като мит, беше да се изгради една федерална държава. Става дума за мит, който е много интересен, за негови създатели може да се смятат Робер Шуман и Жан Моне. В същност това е мечтата за изграждане на една действителна общност на Европа.

Постепенно се премина обаче от изграждането на икономическа общност към изграждането на общност, която има и политически характер. В това развитие моделът еволюира. В края на тези 3 дни, в които ще работим заедно, аз отново ще кажа няколко думи за този модел. Юриспруденцията, практиката на Съда в Люксембург, е много показателна именно за развитието на този модел.

Ще видим, че за разлика от това, което се говори обичайно, тенденциите, които се наблюдават в работата на СЕС, не винаги имат интеграционен характер. Съдът в Люксембург става все по-чувствителен към исканията на ДЧ да запазят в по-голяма степен своята идентичност – нещо, което, разбира се, се отразява на националните съдилища.

Разбира се, националните съдилища могат да се опрат на тази идея, че СЕС трябва да зачита тяхната идентичност, идентичността на ДЧ.

Тук трябва да се подчертае, че това което по-рано днес каза Атанас Семов, е вярно – вече става въпрос по-скоро за диалог, за диалог между Съда в Люксембург и националните съдилища, а не спазване на строгата йерархия. Именно това ще се опитам да покажа и докажа пред Вас тези три дни...

Тази вечер ще обърна внимание първо на интеграционната тенденция. Тенденция за интеграция – динамика на граж-

данството. Тази тенденция към интеграция наричам „динамика“, а не динамит на гражданството – като словесна шега...

Утре ще говорим за обратното – не за засилване на интеграцията а за това, че СЕО обръща все по-голямо внимание на зачитането на конституционната идентичност на ДЧ – обратната тенденция.

Третият ден вече ще видим докъде води това развитие, какъв резултат се получава, когато тези 2 противоположни тенденции се срещнат на практика и как се стига все пак до спазване принципа на примата на Европейското право.

I. Динамиката на гражданството на ЕС.

Ще започна с анализ на динамиката на гражданството. За да видим, че усилията на СЕС да развива този особен статус на гражданството водят до силно ограничаване на националното право...

1. Знаете, че гражданството на ЕС се **въвежда с Договора от Маастрихт** през 1993 г., тогава се създава това понятие. Договорът от Лисабон запази точно и без изменения това, което бе заложено в Договора от Маастрихт.

В чл. 20 от Договора за функциониране на ЕС се разглежда гражданството в ЕС, т. е. определя се що е „гражданин на ЕС“. В чл. 20, § 1 се определя, че „се въвежда гражданството в Съюза. Гражданин на ЕС е всяко лице, което е гражданин на ДЧ. Гражданството на Съюза се добавя към националното гражданство, но не го замества“.

Знаете, че тази разпоредба, която се появява за пръв път в Договора от Маастрихт, създава известни трудности. В много ДЧ, сред които се нарежда и Франция, през 1992 г. Договорът от Маастрихт беше подложен на референдум – за първи път в процеса на изграждане на обединена Европа. Ако си спомняте (или ако сте го научили, тъй като някои от Вас тогава са се раждали... – **Вие сте връстници на ЕС и на гражданството на ЕС и това е символно!**) в Дания резултатът беше отрицателен, включително и заради тази именно разпоредба за европейско гражданство. Една от причините, поради които датският народ отхвърли тази идея, е страхът европейското гражданство да не замени датското гражданство.

Именно във връзка с това държавните глави и ръководителите на правителствата на ДЧ се обединиха и приеха декларация, целяща да успокои датския народ, че няма опасност европейското гражданство да измести националното, било то датско, британско или френско. И при провеждането на втория референдум по този въпрос датският народ даде своя положителен вот!

2. Когато говорим за европейско гражданство, е важно да се знае **какво съдържа това гражданство?**

Държа първо да разграничим политическите права от неполитическите.

2.1. Главното политическо право, свързано с европейското гражданство, е **правото на лицата да гласуват и да бъдат избрани в местните избори в държавата, в която живеят, без да са нейни граждани.** Вие сте запознати, че когато тази разпоредба беше въведена с Договора от Маастрихт, създаде много вълнения в много държави. И че по това време Обединена Европа се състоеше само от 12 ДЧ.

Те бяха разделени на 2 равностойни групи. В 6 от тези държави имаха право да гласуват на местни избори само граждани на съответната ДЧ. В другите 6 ДЧ беше обратното: тяхната конституционна система беше много по-развита и променена в това отношение и гражданите на чужди държави, които пребиваваха, живееха от известно време в тях, имаха право да участват в местните избори. В тези държави, в които се предвиждаше гласуване и участие в местните избори само на местни граждани, трябваше да бъде преразгледана самата Конституция, иначе тези държави нямаше да могат да подпишат Договора от Маастрихт...

И френският Конституционен съвет беше сезиран по този въпрос преди Франция да реши да ратифицира Договора от Маастрихт. Тогава обаче неговата реакция беше следната: няма нужда от преразглеждане на Конституцията. Според него местните избори не могат да поставят под съмнение или под въпрос националния суверенитет – и няма нужда от промяна на Френската конституция, за да бъде прието това право. Но при едно условие. Във Франция Сенатът, който е втората камара на Парламента, се състои от сенатори, избрани от изборна колегия. В тази изборна или избирателна колегия участват кметовете и заместник-кметовете от цялата страна. Условието, за да може да приеме Франция тази разпоредба на Договора от Маастрихт, беше в директивата, която ще бъде приета в изпълнение или в приложение на това право, да се предвиди изрично, че това право на участие в

местните избори във Франция няма да важи – и Комисията прие, че във Франция за кмет или заместник-кмет ще могат да се избират лица, които само пребивават в страната и нямат френско гражданство, но предварително ще се знае, че ако бъдат избрани, те няма да могат да упражняват това ключово конституционно право... Директивата за местните избори, която се прие през 1994 г., уточнява условията за участие в изборите и дава възможност на всяка ДЧ да изключат тези изборни длъжности или да ограничават правомощията им...

2.2. Друго политическо право, което е свързано с европейското гражданство, е **правото на участие в изборите за ЕП в държавата, в която пребиваваш, но не е твоята национална държава**. Друга от последиците от европейското гражданство е да отправяш **петиции** до ЕП и да се обръщаш към **Омбудсмана** на ЕС. И последното, преди да преминем преди същността на проблематика – гражданин на ЕС има право да поиска **дипломатическа защита** от ДЧ, която и да е тя, на територията на трета държава, извън ЕС.

2.3. *Въпрос от залата:* **Правото на гражданство свързано ли е със задължения?**

Въпросът наистина е много уместен, но ако човек разгледа всички разпоредби, които се отнасят до европейското гражданство, ще види, че те съдържат само права...

Всички граждани на ЕС обаче са длъжни да зачитат, да се съобразяват, да спазват европейските норми, изискванията на съюзното право, на практика това е **единственото видимо задължение**. Друго задължение, макар невидимо, е, че винаги когато плащате своите данъци, една мъничка част се заделя за ЕС – т. е. европейският данъкоплатец е и **съюзен данъкоплатец**...

3. Най-същественото право, свързано с европейското гражданство, което представлява интерес за нас и ще разгледаме в дълбочина, е **правото на свободно движение** на хората, свободното движение на лицата. Договорът от Маастрихт обвързва свободното движение на хората с европейското гражданство.

3.1. Това право не е от политическо естество, то няма политически характер. Тук веднага виждате разликата между европейското гражданство и националното гражданство, защото традиционно погледнато националното гражданство има много силен политически оттенък.

Правото да се движиш и да пребиваваш свободно в държавата е основна свобода, но не е право на класическото гражданство. Това означава, че европейското гражданство е понятие по-гъвкаво, по-широко, което няма толкова строго определени граници, като националното гражданство на една държава.

3.2. Но дали тази разпоредба щеше да внесе някаква промяна в този принцип на свободно движение на лицата, на свободното придвижване на хората? Това е въпрос, който ние като юристи не можехме да не си зададем...

Този въпрос възниква от прочита на разпоредбата на чл. 21 от ДФЕС, където в § 1 се определя: „Всеки гражданин на ЕС има правото да се движи и да пребивава свободно на територията на ДЧ, като се съобразява с ограниченията и условията, предвидени в Договорите и разпоредбите за тяхното приложение”.

На практика тук Договорът от Маастрихт ни препраща към производното право, към директивите и регламентите, които осигуряват свободното движение на лицата.

3.3. Другият въпрос е свързан с **директния ефект на тази разпоредба**. Вие изучавате подробно с г-н Семов доктрината за директния ефект и знаете че директният ефект на регламента или дори на директивата има много значими практически измерения. На практика директният ефект означава, че лицата имат право да се опрат на европейската разпоредба – от регламента или от Договора или дори от една директива – когато се явяват пред национален съд. Въпросът е могат ли, **когато се явяват пред национален съд, европейските граждани да се позоват на своето европейско гражданство?** И тук отново е задължително да се познава юриспруденцията на Съда в Люксембург...

Когато Договорът от Маастрихт влезе в сила, действията ре-дица производни източници във връзка със свободното дви-жение на хората.

Първо, в периода от 1967 г. до 1973 г. се приема една съв-купност от регламенти и директиви относно свободното дви-жение на работещите и техните семейства. След това през 1990 г. се приемат 3 директиви, които са много важни: за сту-дентите, за пенсионерите и третата – за всички останали ка-тегории мигриращи, движещи се из различни ДЧ граждани.

4. И ако разгледаме условията за свободното движение на лицата въз основа на тези директиви, трябва да направим едно **много важно разграничение**. Първо трябва да разгле-даме отделно положението на мигриращите работещи и тех-ните семейства, и от друга страна да разгледаме какво е поло-жението на студентите, на пенсионерите и на всички остана-ли. Възщност основният елемент е правото на пребиваване...

В тези три директиви се определят условията за трайно пребиваване в страната на лицата от трите категории. Усло-вията са две:

- Първо, лицето не трябва да представлява голяма тежест за държавата, да не се превръща в неразумна, буквално пре-ведено, тежест за държавата т. е. да разполага със средства.

- И второто изискване е лицето да има медицинска осигу-ровка, която да обхваща всички възможни случаи включител-но и спешната медицинска помощ.

Именно въз основа на тези две условия Европейският съд развива своята юриспруденция.

5. Погледнете плана, който ви е раздаден. Първото инте-ресно дело е *Grzelczyk*¹. Името Гжелчик се произнася трудно от французин... В това решение на Съда в Люксембург, кое-то наричаме „принципно“, става дума за френски студент, който учи в Белгия. Когато отива да следва в Белгия, с него тръгват съпругата му и детето му. Следването му продължа-

¹ CJCE, 20. 9. 2001, C-184/99 *Grzelczyk*, Rec. I-6193.

ва 3 години. През първите 2 от тези 3 години той си има работа, която му осигурява достатъчно приходи. Обаче третата година от следването му е много тежка, много натоварена, трябва да пише дипломна работа и т. н., и не може да продължи да работи. Човекът поисква от белгийската администрация да му осигури т. н. „минимекс“, минималния доход в Белгия. Административният орган, към който се обръща, първоначално дава положителен отговор, но след това преразглежда въпроса. След известно време на размисъл казват на г-н Гжелчик, че не може да остане повече със семейството си в Белгия и трябва да се върне във Франция, на практика го експулсират...

Той подава жалба в белгийски съд, който от своя страна задава преюдициален въпрос пред Люксембургския съд. И отново виждаме това, за което стана дума по-горе: когато човек чете ДФЕС, трябва да види и каква е директивата, свързана с прилагането му в дадената ситуация. В случая трябва да погледнем директивата за студентите. Спомнете си – вие като студенти трябва особено добре да знаете това – в директивата изрично се посочва, че за да имате право да пребивавате в дадена ДЧ, трябва да не представлявате прекомерна тежест, трябва да разполагате с достатъчно средства.

Ако СЕО (тогава) си беше позовал стриктно на тази разпоредба, трябваше на практика да оправдае експулсирането на г-н Гжелчик и неговото семейство, защото той вече не разполага с необходимите средства. Само че СЕО не разсъждава по този начин...

Първото разсъждение на Съда, е че **статусът на гражданин на ЕС е основен статус на гражданите на ДЧ.** Това е изходното положение, именно от него се тръгва за казуса на този студент и за това как трябва да се постъпи с него. Съдът така тълкува директивата, че на практика се произнася в полза на студента...

Става дума, разбира се, за това дали тежи *прекомерно* на държавата или не. Разсъждението е следното: когато г-н Гжелчик влиза в Белгия, той се хваща на работа и две години си осигурява необходимите средства, за да не тежи на държавата. И

Съдът се позовава буквално на разпоредбата на директивата. Когато г-н Гжелчик поисква да му се разреши дълготрайно пребиваване в Белгия, той отговаря на това условие, защото е работил и е издържал своето семейство, т. е. на него това разрешение му е дадено, защото е отговарял на условията. И след като в третата година условията се променят и на него му е трудно, той би трябвало да се ползва от минималния доход в страната. Така че Белгия няма право да експулсира този гражданин и неговото семейство...

И като говорим за динамиката в европейското гражданство, това дело е много знаково. От него всъщност произтича е, че според СЕО на европейското гражданство трябва да се гледа като на нещо, което е много сериозно, базово, с широки последици – „основен статус“. И в конкретния случай на практика Съдът тълкува директивата в полза на европейския гражданин, на гражданина на Съюза.

6. Второто дело, което ще разгледаме заедно с вас е делото *Baumbast*², то така да се каже ще даде един завършек, ще допълни концепцията. Имате го в плана пред вас.

Г-н Баумбаст е германски гражданин, който отива да работи в Обединеното кралство. Придружават го съпругата му и двете му дъщери. Съпругата му е аржентинка, т. е. гражданин на трета страна. А едната му дъщеря има германско гражданство, другата аржентинско... Докато г-н Баумбаст е наемен работник в Обединеното кралство, гражданството на неговата съпруга и на неговите дъщери не създава никакви проблеми, защото той се вписва, той отговаря на изискванията на регламентите и директивите за работещите. Трудността възниква тогава, когато г-н Баумбаст губи работата си в Обединеното кралство. Намира работа във филиал на германско дружество в Азия.

И така Обединеното кралство го включва в категорията „чуждестранен гражданин“. Г-н Баумбаст и едната му дъщеря, която има германско гражданство, имат право да останат

² СЈСЕ, 17. 9. 2002, *Baumbast*, Rec. I-07091.

3 месеца като граждани на ДЧ. Но това е за кратко пребиваване. Съпругата му и другата му дъщеря – и двете с аржентинско гражданство – вече нямат право да останат в страната...

Независимо от това обаче г-н Баумбаст се обръща към администрацията и иска да му бъде разрешено дълготрайно пребиваване в страната. Британската администрация отказва да му даде такова разрешение. Въпросът се поставя в британски съд, който отправя преюдициален въпрос към Съда в Люксембург.

И когато разглежда въпроса, СЕО не изпитва кой знае какви затруднения, той не се двоуми как да постъпи по отношение на съпругата и децата на г-н Баумбаст. Той се чуди как да постъпи по отношение на самия г-н Баумбаст. Според регламентите и директивите, които уреждат неговото положение, когато гражданинът е приет да работи в дадената ДЧ, неговите деца имат право да завършат училище в тази държава. Тъй като дъщерите на г-н Баумбаст са започнали да учат в Обединеното кралство в качеството си на дъщери на работещ мигрант, те имат право да завършат образованието си в Обединеното кралство.

По отношение на съпругата му отговорът също не е много труден. Доколкото всъщност съпругата му се явява лицето, което ще гледа децата, ще се грижи за тях, тъй като са малолетни и имат нужда от такива грижи, тя също има право да остане. Между другото тук намират приложение и правата на човека и съюзното правото в полза на съпругата. А що се отнася до Европейската конвенция за правата на човека, там става дума за правото на семейството да живее заедно и всички произтичащи от това права...

И кой представлява най-големият проблем? Ами самият г-н Баумбаст. В какво качество той би могъл отново да получи това право, в какво качество може да остане? Разбира се, той носи парите, но не той в действителност гледа децата... И щом като не той лично гледа децата, няма никакво основание да има право на дългосрочно пребиваване. Той работи в Азия, живее в Азия и има право на престой от три месеца, за да си види семейството. Само че него това не го устройва, той

иска да живее със семейството си и настоява да му бъде удължено разрешението за престой в страната.

Кой акт от производното право трябва да бъде приложен по отношение на него в това положение? Това е третата директива от 1990 г., която се отнася до всички други категории лица. Той не е студент, не е пенсионер, значи влиза в другите категории. Тогава трябва да отговаря на онези две условия, за които говорихме: да разполага с достатъчно средства, за да не представлява непосилна тежест за държавата, и да има здравна осигуровка за всички случаи.

Централен се оказва **въпросът за здравната осигуровка**. Британската администрация установява, че здравната застраховка на г-н Баумбаст не обхваща абсолютно всички възможни случаи. Въпреки че г-н Баумбаст е германец, нещо е пропуснал и не е обхванал всички случаи...

И така още веднъж искам да отбележа, че ако и този път СЕС беше много строг в изискванията, трябваше да му откаже. Само че Съдът решава да използва този случай, за да подчертае значението на европейското гражданство. И така в решението си по делото СЕС приема, че чл. 21 от ДФЕС има директен ефект, което, признавам, не беше толкова ясно и неопровержимо, не се разбираше от само себе си. Защото за прилагането на тази разпоредба трябва да има актове на производното право, които осигуряват нейното приложение. Това означава, че разпоредбата не е безусловна. Директният ефект изисква безусловна приложимост на конкретната норма...

Но СЕС провъзгласи директния ефект на тази разпоредба. Това означава, че всички граждани на ЕС имат право директно да се позовават на нея. И така прилага един много важен принцип, за който ще говорим многократно тези три дни, става дума за **принципа на пропорционалността**. Действително Съдът признава, че здравната застраховка на г-н Баумбаст не отговаря на абсолютно всички изисквания, не обхваща абсолютно всички здравни случаи. Но Съдът казва така: ако държавата, в частност Обединеното кралство, аргументира своя отказ за дългосрочно пребиваване върху този малък недостатък, то това не би било пропорционално. Поради това

Съдът решава, че Обединеното кралство трябва да даде разрешение на г-н Баумбаст за дългосрочно пребиваване.

Виждате как започва тази нова тенденция в съдебната практика именно с тези две решения, които разгледахме сега.

На практика според Съда в Люксембург трябва да се гледа много сериозно на тази **обвързаност между свободното движение на лицата и тяхното европейско гражданство**. На практика трябва да се направят всички съответни изводи в тълкуването на производното право.

И така по отношение на правото на пребиваване и на други права, които ще разгледам по-късно, се установява тенденция към благоприятно тълкуване в полза на европейските граждани.

II. Кодификация на съдебната практика

1. Бързам да ви кажа, че тази съдебна практика, за която говорихме в първата част, беше **кодифицирана** и то много бързо. Както обикновено, европейският или съюзният (интеграционният) законодател се опря на съдебната практика и разработи текст, който я кодифицира. И директивата, която уреди въпроса за свободното движение на лица в Съюза, влезе в сила през 2004 г.

Тази директива на практика отменя трите директиви от 1990 г., които споменах в първата част на моето изложение. Що се отнася до регламентите за работещите, те бяха само изменени. Това означава, че когато говорим за право на пребиваване и когато говорим за свободно движение, винаги трябва да разграничаваме работещите от другите мигриращи граждани.

На практика по отношение на гражданите Директивата от 2004 г. унифицира, обединява в едно цяло предходните текстове. По отношение на правото на пребиваване условията, които са заложили в Директивата от 2004 г., са същите, които вече споменах. Повтарям няма никакво изменение: за да можеш да се ползваш от правото на дългосрочно пребиваване в ДЧ, трябва да не представляваш прекомерна тежест за приемащата страна и трябва да имаш здравна осигуровка, която да покрива всички случаи.

Аз, разбира се, няма да навлизам в подробности в съдържанието на тази директива, но ще изброя най-важните точки.

1.1. Нещо много важно, първата точка е, че **се създава право на постоянно пребиваване**. Преди това имаше само право на краткосрочно пребиваване (до 3 месеца) и на дългосрочно пребиваване. Сега вече има три възможности: краткосрочно пребиваване, дългосрочно пребиваване и постоянно пребиваване.

Право на постоянно пребиваване в дадена ДЧ придобиват гражданите на ЕС, които пребивават **най-малко 5 години в тази държава без прекъсване**. С това право се ползват и членовете на семейството на гражданина.

Няма за навлизам в подробности, но ще отбележа, че в Директивата са указани всички условия на прекъсването на пребиваването. Разбира се, едно кратко отсъствие от страната не означава прекъсване на пребиваването в този смисъл на 5 години пребиваване, има си уточнения.

1.2. Много важен е **принципът на равното третиране** на европейските граждани и местните лица. Европейските граждани, които пребивават в страната дългосрочно или постоянно, се третират наравно с местните лица. Разбира се, Директивата от 2004 г. указва как да се прилага този принцип в зависимост от възможните ситуации. В частност имам предвид социалните придобивки, които са свързани с определени конкретни условия. Първо социалните придобивки се осигуряват на работещите мигранти. Например минималният доход се осигурява на работещите мигранти в приемащата страна.

Но когато говорим за принципа на равно третиране, то този принцип се разширява с въвеждането на понятието „гражданин на ЕС“. Доказателство е делото Гжелчик, което разгледахме преди малко. Минималният доход се осигурява не само на работещите мигранти, но също така и на студентите.

На практика благодарение на гражданството, на статута на гражданин на ЕС СЕО се произнася в полза на хората. Например когато се докаже, че гражданин на ЕС наистина търси работа, временно може да му се окаже социална помощ, докато си намери. Ако пък човек е гражданин на ЕС и се намира в друга ДЧ, има право да получи заем при много изгодни условия. Трябва да бъде отпусната стипендия за студентите от другите държави-членки при определени условия, разбира се.

2. Но когато говорим за развитието на съдебната практика, свързана с въпросите на европейското гражданство, аз искам да наблегна на един въпрос. Става дума за **т. н. „вътрешни ситуации“**. Знаете, че ако едно лице се намира в чисто вътрешна ситуация, то така да се каже не се обхваща, по отношение на него не се прилага интеграционното право.

2.1. За да влезе лицето в полето на приложение на това равно третиране, за което говорим, **трябва да има някакъв външен фактор**, например трябва да има някаква мобилност или воля, желание за мобилност. Естествено, ако едно лице не се движи в европейското пространство, ако не упражнява своето право, то не може да се позове на правата, които са му присъщи като гражданин на ЕС. Освен ако не е налице случай на обратна дискриминация. Иначе казано, има случаи, в които гражданинът може да се позове на Европейското право срещу собствената си държава, ако се счита, че е обект на дискриминация.

И аз мисля, че тук навлизаме в сърцевината на един въпрос, който ще придобива все по-голямо значение идващите години. Дали в бъдеще гражданин на ЕС ще може да се позове на съюзното право, в частност на правото на равно третиране, като обвини собствената си държава независимо от това, че не се е движил и изобщо не е влизал в обхвата на съюзното право. Разбирате, че става дума за една много деликатна ситуация. Спомнете си ситуацията в Дания...

Европейското гражданство, така да се каже, не е учредено, или не е въведено, за да замести националното. Казвам това, защото в началото на 2000 г. и първите години след това, когато започва юриспруденцията в тази област, има не малко жалби в СЕО, свързани с това.

2.2. Например имаше едно дело, в което две гражданки на трета страна обвиняваха Германия. Става дума за две гражданки от Литва, които бяха омъжени за германци. Тези дами са работили като лектори в германски университети, само че администрацията на висшите учебни заведения отказва да ги назначи на постоянна работа. Те, разбира се, се обръщат към националния съд и настояват той да се обърне към СЕО. Аргументът, на който се опира тяхната защита, е статутът на европейски гражданин, на гражданин на Съюза. Става дума за това, че щом свободното движение на лица е свързано със статута на гражданин на ЕС, то съюзното право трябва да може да се прилага в чисто вътрешни ситуации. Съдът в Люксембург отказа да приеме това разбиране и заключава, че

статутът на гражданин на ЕС не си поставя за цел, **не може да навлиза в чисто вътрешни ситуации**, не може да се прилага при такива ситуации.

Само че като се има предвид това, което се случва напоследък в съдебната практика на Съда в Люксембург, човек би могъл и да се запита дали нещата няма да тръгнат в съвсем различна посока.

2.3. Нека погледнем последното дело в тази първа част, делото от 2008 г. на Правителството на Френската общност, т.е. правителството на Валония в Белгия. Делото е свързано с особеното положение в Белгия, нещо с което сте запознати, сигурен съм, знаете, че през последните години в Белгия има много остра криза, свързана с идеите за сепаратизъм, за разделяне на страната. Знаете, че в Белгия има общности, които имат относителна самостоятелност, и един от ресорите, които тези общности уреждат самостоятелно, е социалната защита и здравното осигуряване.

Така една мярка, която взима Фламандското правителство, т. е. правителството на фламандската общност в Белгия, е свързана със социалната защита и по-точно със здравната осигуровка на лицата, които живеят на фламандска територия. Тези чуждестранни, не-местни лица се ползват с много добра здравна осигуровка, която им осигурява много добра социална защита. Това означава, че ако един работещ живее във Валония, но работи на фламандска територия, той не може да се ползва от тази система на здравно осигуряване.

Жалбата постъпва в националния съд, той съответно отправя преюдициален въпрос към Съда в Люксембург. Нека сега видим какви са изводите на Генералния адвокат. Знаете, че така работи Съда (големият): по повечето дела има Генерален адвокат, който анализира обобщено случая и относимите правни норми, след това съдиите трябва да решат. Занимавали сте се и с институционно право и знаете, че генералните адвокати се назначават като съдиите. Това означава, че те се назначават с общо съгласие на правителствата и техният статут е същият като на съдиите... И в този случай Генералният адвокат се опитва да размърда, промени малко поведението

на съдиите в СЕС. Неговата теза е, че **статусът на гражданин на ЕС трябва да бъде прилаган и в този вид ситуации, че става дума за равното третиране на гражданите на ЕС.**

Ако СЕО беше приел идеята на Генералния адвокат, щеше да излезе, че няма разграничение между чисто вътрешните ситуации и ситуациите на Съюза, свързани със съюзното право. Тогава това не става, Съдът не прави тази крачка и не преминава тази граница.

Все пак това дело е интересно по две причини. Първо Съдът разграничава не-белгийските граждани на ЕС от белгийските граждани на ЕС. Какво ще стане ако един френски гражданин отиде да работи на фламандска територия, той не може да се ползва с тези предимства, а от друга страна влиза в полето на приложение на съюзното право... Напълно разбираем би бил следният случай: един френски гражданин отива да работи в Белгия на фламандска територия, но по културни причини би предпочел да живее на територията на Валония, защото това е френскоговорящата част. Нали разбирате, че ако Белгия се раздели, Валония ще отиде към Франция, шегувам се, разбира се... СЕО счита, че това поведение по отношение на чуждестранните лица, т. е. на чуждестранните граждани, които са граждани на ЕС, е несъвместимо с Общностното право. Говорим за полето на приложение на Общностното право, защото има външен фактор, в смисъл има предвижване между Франция и Белгия. Тогава мярката на фламандското правителство е дискриминационна спрямо гражданин на ЕС, който не е местно лице.

Но по отношение на втората категория лица СЕО не подкрепя Генералния адвокат, т. е. по отношение на белгийските граждани от Валония, които продължават да живеят на Валонска територия, защото това, видите ли, е чисто вътрешно положение. Няма придвижване от друга държава, няма такъв външен фактор образно казано и затова тези хора, които живеят на валонска територия, не влизат в полето на приложение.

Но все пак в известна степен СЕО подава ръка, така да се каже, или откликва по някакъв начин на Генералния адвокат. Като казват, че в областта на социалната защита ДЧ би тряб-

вало или често прилагат, да кажем, стандарти, които съответстват на Общностното право.

Да, тази мярка е чисто вътрешна, ситуацията е вътрешна, и нямаме право да я отхвърляме, но от друга страна, тази мярка не е в духа на Общностното право, не съответства на този дух.

В това решение се виждат кълновете на еволюцията, на промяната, която може би се очаква, за това разграничение на чисто вътрешните ситуации, от ситуацияите, които трябва да се подчиняват на изискванията на съюзното право – и може би границата започва да се размива.

3. Другото дело, което искам да предложа тук на вашето внимание, е **делото Айнд от 2007 г.** Тук става дума за това доколко една мярка на холандското правителство съответства на изискванията на Европейското право. Става дума за холандски гражданин, който е работил в Обединеното кралство. След това се връща в Холандия и при него идва дъщеря му, която е от Суринам. Холандия отказва да разреши на момичето право на пребиваване, като се позовава на това, че Обединеното кралство също ѝ е отказало това право.

Нещата стигат до СЕО и той е наистина много смутен, защото правото, което се дава на мигриращите работници, не се прилага в собствената държава. Този човек е холандец, който се връща в собствената си държава... По делото пред СЕО много от правителствата подкрепят Холандия: иначе гражданите на самата държава, самите холандци, които си стоят в Холандия, ще се окажат в неизгодно положение, в лошо положение. Този г-н Айнд, ако не се връщаше от Обединеното кралство в Холандия, изобщо нямаше да поставя въпрос за такива права.

Само че СЕО подкрепя г-н Айнд и приема, че с оглед ПЕС, както и с оглед на ЕКПЧ, Холандия трябва да даде право на пребиваване на дъщерята на г-н Айнд. На практика в този случай СЕО комбинира, така да се каже, съчетава статуса на гражданин на ЕС с разпоредбите на ЕКПЧ и вкарва в полето на приложение на съюзното право нещо, което принципно не е част от него.

И така, въпреки че отново казвам европейското гражданство не измества и не замества по никакъв начин националното гражданство, развитието е такова, че се размиват границите между чисто вътрешни ситуации и ситуациите, които влизат в приложението на Общностното право. Затова започнах и с тези думи: динамиката на статута на гражданина на ЕС. Динамиката в самото гражданство...

Сега нека да разгледаме още един въпрос, който е много впечатляващ, даже зрелищен бих казал. На практика, когато говорим за този статус на гражданин на ЕС, той задължително спомага за ограничаване на националното право, за много силно ограничаване, това е безспорно.

Това ще бъде последният въпрос, който ще разгледаме тази вечер. Много деликатен е въпросът, свързан с националността и съответното право, свързано с националността. Става дума за това да се уточни съотношението между европейското гражданство и националността.

Имаме европейско гражданство, това е статусът на гражданин на ЕС, но нямаме европейска националност. Защото националността не влиза в компетенциите на ЕС. Тя остава изцяло в компетенциите, в правомощията на националната държава. И бих казал дори, че това е една от най-чувствителните компетенции на националната държава. На практика политическата общност на една държава се определя с националността. На български език се говори за гражданство, национално гражданство и чужденци, най-общо на френски език това се нарича „националност“.

Когато в Договора от Маастрихт се въвежда понятието „гражданин на ЕС“ националните държави много държат тези неща да бъдат внимателно уточнени, изрично и ясно. Първо се приема определението на европейското гражданство, нещо, което цитирахме преди малко, днес в чл. 20 от ДФЕС. То определя, че гражданин на ЕС е всяко лице, което притежава националността (гражданството) на една ДЧ. Получава се така, че европейското гражданство засилва значението на националността.

Една декларация, приложена към Договора от Маастрихт, е още по-ясна: националността по смисъла на Договора се урежда само от вътрешното право на съответната държава. За да получите националност (или на български език „гражданство“, на френски са две различни думи), всяка ДЧ урежда по свой начин придобиването на националното гражданство. Значи тази компетенция на националната държава придобива още по-голямо значение с въвеждането на този статус на гражданин на ЕС.

За да станеш гражданин на ЕС трябва първо да имаш националност на една ДЧ. А за да бъдеш гражданин на ДЧ, трябва държавата да ти е дала това право, да си придобил вече това право.

Само че пак трябва да кажа, че нещата не са толкова прости. И така ще приключим тази вечер работа като анализираме три дела, три решения на Съда.

4. Първото дело е **делото Микелети** от 1992 г. Тогава Договорът от Маастрихт още не е влязъл в сила, това става през 1993 г. Г-н Микелети е човек с двойно гражданство. Той е гражданин на Аржентина, защото е роден в Аржентина и винаги си е живял там. Само че неговите родители са италианци. И според италианския кодекс за гражданство той е италиански гражданин. И така той има двойно гражданство.

Г-н Микелети идва в Испания, за да направи специализация по одонтология, важен елемент в зъболечението. Неговата специализация приключва и той иска да се установи в Испания и да работи като зъболекар. За да може да се установи в Испания и да работи, трябва да се вземе под внимание това, че той има двойно гражданство.

Първо защо е допуснат до Испания за специализация? Защото според съществуващата спогодба неговата диплома от Аржентина се признава в Испания – въз основа на една спогодба за признаване на степени на образование и дипломи, Испания има такива спогодби с всички испаноговорящи държави от Латинска Америка.

Само че това не му дава право да работи като зъболекар в Испания. Какво да прави в този случай? Трябва да се позове на италианското си гражданство. След като е гражданин на ЕС, след като има дипломи, които се признават в Испания, трябва да има право да работи там. Испанската администрация обаче се позовава на своя кодекс за гражданство, тя не иска подобна практика, за да не се получи наплив от всички латиноамерикански страни...

В испанския кодекс за националното гражданство има една разпоредба, според която испанската администрация може да се позове на страната, в която последно е пребивавало, където е живяло лицето. Последната държава, в която е живял Микелети, е Аржентина. Той никога не е живял в Италия. Италиански е произходът се дължи на италианското законодателство и произтича само на факта, че родителите му са италианци, но той никога не е стъпвал в Италия.

Г-н Микелети се обръща към испански съд и настоява да бъде отправено запитване до Съда в Люксембург.

СЕО потвърждава, че става дума за компетенция на националната държава и Общностното право не може да навлиза в сферата на запазените национални компетенции. Само че при упражняването на своите компетенции, свързани с националното гражданство Съдът приема, че трябва да се прави разграничение между компетенциите, свързани с националното гражданство, и приложението им.

Съдът приема, че като отказва да се позове на италианското гражданство на лицето, испанският съд нарушава основна свобода, свързана с вътрешния пазар, каквато е правото на гражданите на всяка ДЧ да се установят и да работят във всяка ДЧ. Г-н Микелети има право да иска да се установи в Испания и да работи.

И тогава Съдът приема, че всъщност италианското гражданство може да бъде противопоставено на Испания, т. е. италианското гражданство на този човек е напълно валидно, и то не може да бъде пренебрегвано. Испания няма право в този случай да се позове на своя кодекс за национално гражданство. **Националната държава определя правилата за при-**

добиване на националното гражданство, но упражняването се урежда от интеграционното право.

И нека отбележим, че това решение на Съда в Люксембург е постановено много преди да се приеме концепцията за гражданството на ЕС като основен статус на гражданите на ДЧ.

5. Следващите 2 дела, които съм посочил в плана, са едно продължение на това решение по делото *Микелети*. Само че това продължение се извършва **в условията вече на признатия статус на гражданин на ЕС.**

Особено знаково е делото от 2004 г. *Zu et Chen*. Става дума за китайска гражданка, която отива в Северна Ирландия и там ражда дете. Подчертавам, че става дума за Северна Ирландия, това не е държавата Ирландия, а е една от съставките на Обединеното кралство.

Но по исторически причини, свързани с Ирландската държава, ирландският закон казва, постановява следното: всяко лице, родено било в държавата Ирландия, било в Северна Ирландия придобива автоматично ирландско гражданство.

Г-жа Чен и дъщеря ѝ Зу се установяват след това в Уелс и искат да се ползват от правото на дългосрочно пребиваване в качеството си на граждани на ЕС. Въпросът със средствата не стои, защото г-жа Чен много добре печели и изобщо няма такива затруднения. Само че Обединеното кралство не иска да даде такова разрешение за дългосрочно пребиваване на г-жа Чен и на нейната дъщеря. И изтъква два довода. Първо Северна Ирландия е част от Обединеното кралство. Ситуацията е чисто вътрешна и Общностното право изобщо не е приложимо. Обединеното кралство дори твърди, че г-жа Чен злоупотребява с правата си. Защото нарочно е отишла в Северна Ирландия да роди, тъй като знае, че след това дъщеря ѝ ще получи автоматично ирландско гражданство и ще може след това да се установи в Уелс.

Делото отива в СЕО. Съдът се позовава на делото *Микелети* и казва така: всяка държава е компетентна за условията, при които се придобива национално гражданство. Само че самото упражняване на тази компетенция трябва да бъде съобразено

с интеграционното право. Но Съдът казва, че ако Обединеното кралство откаже да признае ирландското гражданство на г-ца Зу, то това противоречи на правото на ЕС. И така приема, че Обединеното кралство няма право да откаже разрешение на г-ца Зу за дългосрочно пребиваване, тъй като няма право да ѝ откаже признаването на ирландското гражданство.

6. Ще приключим с **най-интересното дело, от 2010 г., делото Ротман**. Г-н Ротман е австрийски гражданин. Той се установява в Германия. Живее там няколко години и след това иска да получи германско гражданство. Германия му дава германско гражданство на базата на декларация. Само че според кодекса за австрийското гражданство гражданите на Австрия нямат право на двойно гражданство, т. е. като придобива германско гражданство г-н Ротман автоматично губи австрийското си гражданство.

Германската администрация обаче установява, че този човек е излъгал. Просто в декларацията е пропуснал да отбележи, че е обект на наказателно преследване в Австрия и то заради финансови злоупотреби. Поради това решава да му откаже германското гражданство, както следва според германския закон (в случай на измами не се дава гражданство или може да се оттегли предоставянето на гражданство, ако се установи, че има измама). И се получава уникален случай: човекът остава без никакво гражданство!

Парадоксална ситуация. Знаете че Съветът на Европа приема конвенции с цел намаляване на броя на тези случаи. Оказва се, че благодарение на свободното движение на лицата в рамките на ЕС един гражданин на ЕС се оказва без гражданство на ДЧ. Излиза, че свободното движение на гражданите на ЕС благоприятства отсъствието на гражданство или лишаването от всякакво гражданство.

Г-н Ротман се обръща към съда в Германия, той от своя страна прави запитване към Съда в Люксембург. Който пък наистина се оказва затруднен как да отсъди. От една страна е т. н. динамика на европейското гражданство. Е, като се отчита тази динамика, е направо немислимо гражданин на ЕС да

се окаже без гражданство. И то по 2 причини. Първо защото е парадоксално гражданин на Европа да се окаже без гражданство. На всичко отгоре след като вече не е гражданин на нито една ДЧ, той вече не е и гражданин на ЕС.

Какво да се прави? Може ли в този случай Общностното право да навлезе в сферата на придобиването и отнемането на гражданство, която е изрично посочена в УД като запазена национална компетенция. Тук има разлика в сравнение с предишните дела, за които говорихме и при които ставаше дума за упражняването на националната компетентност.

Аз мисля, че в този случай Съдът на ЕС взе едно компромисно решение. Той не признава правото на ЕС да влияе на компетенциите на ДЧ, свързани с отнемането на национално гражданство. Съдът, разбира се, не казва и обратното: че една ДЧ може да определя каквито реши правила за придобиване и отнемане на гражданство. Кое е важно. Компетентността е запазена за държавата, но тя трябва да избягва решаването на въпроса така, че лицата да се окажат в положение на липса на гражданство...

В случая, ако Германия иска да отнеме германското гражданство на това лице, тя може да го направи, но трябва да изчака то да си възстанови австрийското гражданство. Трябва да постъпи така, че лицето да не се окаже без гражданство. Това означава, как да го кажа, че се допуска известен контрол на съюзното право над условията за придобиване и отнемане на гражданство. И това решение на СЕО би могло да се отрази, да има някои последици за националното гражданство в някои страни.

В случая възниква въпросът за съвместимостта на австрийския кодекс за националното гражданство, доколкото не предвижда възможност за двойно гражданство и се стига до абсурдни случаи.

Ще завърша с това, че съотношението между правото на гражданство и Правото на ЕС не е същото, като съотношението между правото на гражданство и Международното право.

III. Тенденция в практиката на СЕС за зачитане на националната конституционна идентичност

Едно дело, свързано с правото на име, разкрива по нов начин, че въпроси, които са свързани с Международното публично право, вече отиват и в сферата на Международното частно право... Съдът в Люксембург разглежда аргумента на британския съд, който счита, че това е злоупотреба с право. В Директивата от 2004 г., в която се разглежда правото на дългосрочно пребиваване, има разпоредба относно злоупотребата с права. Този принцип на контрол върху злоупотребите с права е един от основните, от общите принципи на съюзното право.

Обаче позицията на СЕО е интересна: когато една национална държава дава възможност на един гражданин да придобие гражданство, останалите държави нямат никакво право да се противопоставят на нейното решение и да го оспорват. И в делата, свързани с национално гражданство, не може да става въпрос за злоупотреба с право. За злоупотреба с таква право може да говори само държавата, която е дала право на гражданство. Такъв е случаят с делото *Ротман*. Естествено СЕО казва, че германският съд има право да отнеме гражданството на някого, когато установи, че преди това лицето е извършило измама. Но ако СЕО беше заел тази позиция в делото *Зу и Чен*, то това би означавало да оспорва системата на придобиване на гражданство в Обединеното кралство, което е невъзможно.

1. По-рано разгледахме делата, свързани с националното гражданство, и отбелязах, че от тази гледна точка ПЕС се различава от Международното публично право. Искане ми се само за малко да се върна на тази разлика. Първото е свързано с положението, че когато една държава даде гражданство на едно лице, останалите държави нямат право да се противопоставят на това нейно решение. Иначе казано, Съдът в Люксембург развива т. нар. коренно или радикално противопоставяне на националното гражданство. Това означава, че

решението на една национална държава да даде своето гражданство на едно лице е неоспоримо, непоклатимо от останалите държави.

Тук ми се иска да отбележа, че това положение се откроява, се различава в известна степен от постановките на Международното публично право. Международният съд имаше едно такова много важно дело, което е много показателно в това отношение – делото *Нотебом* от 1957 г. Събитията се случват през Втората световна война. Г-н Нотебом, лице с германски произход, отива да живее в Гватемала. През 1939 г. избухва Втората световна война и тогава Гватемала застава на страната на съюзниците. Съответно Гватемалската държава прилага по отношение на г-н Нотебом закона, който се отнася до вражеско имущество. За да може да избегне този режим, който никак не го устройва, г-н Нотебом придобива лихтенщайнско гражданство. Навремето, в средата на 20 век, Лихтенщайн е държава, която много лесно дава гражданство, между другото, това сега изобщо не е така. Г-н Нотебом придобива лихтенщайнско гражданство, съответно се обръща към Съда и подава жалба, защото иска да му се възстанови имуществото, което е отнето по тази линия. Различните съдебни инстанции в Гватемала не реагират благоприятно за него.

Тогава г-н Нотебом използва т. н. дипломатическа защита. Когато гражданин на една страна има проблем с друга държава, може да се обърне към своята държава за защита. И делото се пренася между двете държави. И спорът трябва да се реши от международен съд.

Лихтенщайн приема да осигури защитата на г-н Нотебом. И така делото отива в Съда в Хага. Делото вече е между Лихтенщайн, като ищец, и Гватемала, като ответник. Гватемалският съд оспорва лихтенщайнското гражданство, което е придобил германецът. Много добре разбирате, че ако Международният съд в Хага приеме аргумента на Гватемала, то Лихтенщайн като държава изобщо няма да може да осигури т. нар. дипломатическа защитата на това лице. Именно в този случай Международният съд в Хага произнася едно решение, което става световно известно, става емблематично. Той казва:

по силата на Международното право всяка държава е компетентна по отношение на придобиването на нейното национално гражданство.

Въпросът, който стои тук, е следният: когато една държава даде своето гражданство, когато едно лице придобие националното гражданство на една държава, то пряко противопоставимо ли е на друга държава, т. е. автоматично ли става това или може да се оспорва?

Международният съд слага граница на подобна възможност за противопоставяне. Съдът в Хага казва, че обвързването с национално гражданство трябва да се свързва с действителна привързаност, с действителна връзка със страната, която е реална и социална. Съдът констатира обаче, че случаят с г-н Нотебом не е такъв. Той няма никакви семейни връзки с Лихтенщайн, по никакъв начин не е привързан към тази страна, никога не е живял в нея. С две думи Лихтенщайн е дал своето гражданство на г-н Нотебом от любезност, така да се каже.

И Международният съд в Хага заключава: да, действително г-н Нотебом има лихтенщайнско гражданство, но това негово гражданство не може да се противопостави, не може да бъде аргумент в конфликта с Гватемала. От което следва, че Гватемала може наистина да отхвърли правото на Лихтенщайн да осигури дипломатическа защита на г-н Нотебом.

Може би ще видите, че вече има разлика между прилагането на това разбиране в Международното право и онова, за което стана дума вчера относно двете дела *Микелети* и *Зу и Чен*. Когато една ДЧ на ЕС е дала свое гражданство на едно лице, другите ДЧ не могат да се противопоставят. Защото съществува тази особеност на Общностното право в сравнение с Международното. При разглеждането на всяко едно дело СЕО се опира преди всичко на свободата на движение на хората. Именно за да се осигури максимално упражняване на тази свобода, нито една държава не може да оспори гражданство, дадено от друга държава.

2. Нека разгледаме друга важна особеност на Общностното право в сравнение с Международното публично право.

Тук ми се иска да се върна на делото *Ротман*, и положението, при което това лице се оказва без гражданство. В Международното право има международни конвенции особено конвенцията от Ню Йорк за лицата без гражданство. Разбира се, целта на всички тези конвенции е да се намали броят на тези случаи. Това са конвенции, ратифицирани от определени държави. Със своята ратификация държавите се обвързват с определени задължения. Държавите трябва да се държат така, че изключително рядко да се случи някой да се окаже без гражданство.

Така обаче на една такава основа една международна инстанция не би могла да осъди една държава. Ако има подобен спор Международният съд в Хага не може да каже, че дадена държава е длъжна да върне националното гражданство на едно лица. Ето тук се откроява една друга особеност на ПЕС. Тук отново искам да спомена делото *Ротман*, което анализирахме вчера.

Спомнете си, че по-рано казахме, че всъщност СЕО има право на контрол над двете държави, които са засегнати от този случай. Това бяха Австрия и Германия. В името на **принципа на пропорционалността** Австрия и Германия трябва да се споразумеят по някакъв начин, така че лицето да не остане без никакво гражданство. Това означава, че националните администрации трябва да преговарят помежду си, да се споразумеят така, че лицето да има някакво гражданство.

Това е още една разлика между Правото на ЕС по отношение на националното гражданство и Международното публично право.

Да, наистина ПЕС не замества правото на националната държава, т. е. компетенциите по отношение на даването и отнемането на националното гражданство принадлежат на националната държава. Но все пак ПЕС дава рамка, рамкира това положение. Т. е. съществува една рамка и СЕО трябва да следи само дали се спазва рамката.

3. Да се върнем отново на **знаковия въпрос за правото на име**. Тук още веднъж ще видим че ПЕС се различава – този път от Международното частно право.

Правната уредба на името естествено е компетентност, която принадлежи на националната държава. Естествено ЕС няма никакви компетенции за разработване и приемане на правила, свързани с правна уредба на името. Това всъщност е право на лицата, в рамките на гражданското право. Интересно е какво се случва ако възникнат някакви спорове, някакви конфликти между две национални държави? Тези конфликти трябва да бъдат разрешени от Международното частно право. Всъщност всяка държава определя правила за уреждане на спорове. И тези правила за уреждане на спорове са предмет на международните конвенции. Съюзното право по правило изобщо не е призвано да се занимава с тези въпроси.

Но отново се връщам на този любим израз – динамиката на гражданството в ЕС. Нещата се развиват. И тук ще разгледаме с вас три решения на Съда, които бяха приети наскоро.

По **делото Гарсия Авело**, решено на 2 октомври 2003 г., става дума за едно дело срещу белгийската администрация. Става дума за две деца, баща им е испанец и майка им е белгийка. Те съответно имат двойно гражданство – белгийско и испанско. Родени са в Белгия, живеят в Белгия и искат да продължават да си живеят там. Става дума за правото на име. В Белгия името е Гарсия Авело, в Испания името е Гарсия Авело-Бекер, знаете, че по испанския закон и традиция детето взема името на бащата и на майката. Родителите искат към името да се прибави името на майката (Бекер). Мислят, че това би облекчило тяхното интегриране в белгийското общество.

Те подават молба към белгийската администрация, която отхвърля искането им да променят името. За да можеш да си смениш името в Белгия, трябва първо администрацията да даде съгласието си, след това се издава кралски акт. Родителите завеждат дело в белгийски съд, а техният адвокат се позовава на правото на ЕС. Съдът отправя преюдициален въпрос към Съда в Люксембург. Всяка национална държава си има своя правна уредба на името. При упражняването на

това право обаче тя трябва да държи сметка за европейската норма. Тъй като носенето на различни имена в две различни ДЧ на ЕС е нещо, което би могло да създава пречки. Просто в своя личен живот, както и в професионалния си живот в Белгия тези деца един ден може да имат пречки.

И Съдът в Люксембург отново се позовава на принципа на пропорционалността. И така те считат, че този отказ от страна на белгийската администрация да удовлетвори иска на децата е непропорционален на целите и на духа на европейското гражданство.

И така СЕО настоява една национална държава да приложи правната уредба, която съществува в друга ДЧ. Това наистина е интересна особеност по отношение на Международното частно право.

Нека разгледаме следващото дело, делото *Грункин* от 14 октомври от 2008 г. В това дело третираната ситуация е малко различна, независимо, че казусът е подобен и пак става дума за дете. Пак става дума за дете, чиито родители имат различно гражданство – датско и германско. Детето е родено в Дания и живее в Дания с родителите си. Правната уредба на името в Дания е същата, като в Испания: детето носи името на бащата и името на майката – Грункин-Пол. Само че в Германия в регистъра го регистрират само като Грункин без името на майката (Пол). След това се случва, че родителите на това дете се развеждат. На детето му се налага непрекъснато да снове между Дания и Германия, за да вижда двамата си родители. Искът е свързан с това, че детето иска да носи и двете имена.

Стига се до съд в Германия и, разбира се, до преюдициално запитване към Съда в Люксембург. СЕО се оказва пред лице, което има двойно гражданство. Държавата Германия е дала името Грункин на детето, което отговаря напълно на правната уредба в страната. И всъщност желанието е това име да бъде променено. В случая СЕО разсъждава точно по същия начин като в делото *Гарсия-Авело*: би било много смущаващо за детето да има две различни имена. Всеки път, когато му се налага някаква промяна в гражданското състояние, има ня-

каква работа, свързана с административни актове, ще се установява, че то има две различни имена в двете държави.

Съдът в Люксембург заключава, че това представлява пречка, препятствие за свободното движение на лицето. И настоява Германия да разреши на детето да смени името си.

Когато човек погледне отблизо това решение, си дава сметка, че наистина най-важният аргумент, основният аргумент, е европейското гражданство. Във всички тези дела виждаме все това, за което говорихме вчера. Откакто се появява понятието „гражданин на ЕС“ в Договорът от Маастрихт и откакто в Договора от Маастрихт се говори за тази връзка между свободното движение на лицата и европейското гражданство, на практика СЕО е склонен да дава по-широко тълкуване на свободното движение на лицата.

В това дело *Грункин* се проявява и още една особеност на Правото на ЕС в сравнение с Международното частно право. Защото в този случай, в който Германия отказва да смени името на детето, тя прилага не само своята правна уредба на името, но също така и своето Международно частно право. Защото според германското Международно частно право когато едно лице има двойно гражданство, Германия трябва да се съобрази със собствената си правна уредба на името.

4. Ще завършим с третото дело, което наистина се реши съвсем скоро на 22 декември 2010 г., делото *Зайн-Витгенщайн*. За мен това дело е много интересно от две гледни точки. Наистина става дума за дело, което звучи малко като шега, малко като анекдот, или може би, което изглежда символично, но зад него всъщност наистина прозира развитието на съюзното право.

Пак, като при делото *Ротман*, става дума за Австрия и Германия. Става дума за една австрийска гражданка, която, вече не в младежки години, бива осиновена от германски гражданин. И не я осиновява кой да е, а един граф – и този граф се казва Зайн-Витгенщайн. Занапред жената вече се казва Фюрстин фон Зайн-Витгенщайн. Германската администрация я кръщава Фон Зайн-Витгенщайн. В регистъра по гражданско-

то състояние в Австрия е регистрирана по същия начин Фон Зайн-Витгенщайн. Така и тази жена си работи в Германия, шофьорската ѝ книжка е с германската ѝ фамилия. Създава и дружество, в дружеството се води пак с тази фамилия. Когато идва време да подновяват паспорта ѝ, в Австрия е записана със същото име. Освен това нерядко са ѝ издавани такива удостоверения за гражданство в Германия от австрийските власти пак с това име.

Случаят обаче не е като предишните два. Нямаме двойно гражданство. Жената си има австрийско гражданство. Всичко това продължава до 2003 г. Имайте предвид, че тя е била осиновена през 1992 г. През 2003 г. австрийската администрация установява, че тя е направила някаква грешка. Трябва да напомня, че Австрийският конституционен съд се произнася по едно дело много подобно дело точно през 2003 г. Има и една важна подробност: след разпадането на Австро-унгарската империя след Първата световна война, благородническите титли в Австрия са премахнати с изрична разпоредба в Австрийската конституция, която е повторена и в Конституцията от 1954 г. Това означава, че всякакви благороднически титли, включително и такива, придобити в чужбина, са забранени в Австрия.

И така един ден виенската администрация уведомява госпожата, че от името ѝ е премахната тази думичка „фон“, т. е. вече тя е пререгистрирана под името Зайн-Витгенщайн. Тя разбира се, отказва да се съгласи... И заявява, че това ще пречи на работата ѝ, на отношенията ѝ и т. н., защото има и фирма под това име. За разлика от другите случаи, тук няма никакво противоречие между държавите, Австрия и Германия са напълно съгласни помежду си. Честно казано грешката е направена от австрийската администрация, защото тя първоначално е регистрирала лицето под името фон Зайн-Витгенщайн, а е трябвало е още от самото начало да премахне този израз на благородническа титла.

От своя страна Германия е напълно съгласна с тази промяна в името. Според правилото на германското международно частно право, лицето трябва да носи името на своята страна

на произход. След като г-жа Зайн-Витгенщайн си е австрийка и си е запазила австрийското гражданство, нейното име трябва да бъде съобразено с правилата в Австрия.

И така госпожата подава иск в Австрийски съд. Съответно той отправя преюдициален въпрос към Съда в Люксембург. Първото, което впечатлява Съда, е, че този път случаят е малко по-различен, не е като в предишните две дела *Гарсиа-Авело* и *Грункин*. Просто защото в другите две дела става дума за лица, които имат двойно гражданство. Второто, което отбелязва Съдът в Люксембург е, че двете държави нямат никакви разногласия по въпроса. Според австрийското конституционно право тя няма право на благородническа титла в Австрия. Тя е австрийска гражданка, значи тя би следвало изобщо да не се регистрира. Според германското право тя трябва да се съобрази с австрийските правила, тъй като е гражданка на Австрия. Никакво противоречие.

И въпреки това, в първата част на своето решение Съдът в Люксембург дава право на г-жа фон Зайн-Витгенщайн. Първо Съдът отбелязва, че до този момент са издадени много документи и в Австрия, и в Германия, и на всички тези документи тя е отбелязана като фон Зайн-Витгенщайн. Ако се преразгледа и промени името ѝ, това би могло да внесе смут и затруднения в нейния частен и професионален живот. Съдът отбелязва също, че независимо от това, че няма кой знае каква разлика между фон Зайн-Витгенщайн и само Зайн-Витгенщайн, има власти, които биха могли да оспорват нейната самоличност. И заключава, че корекцията, която иска да направи Австрийският съд, е пречка за свободното движение на лицата. Накрая той се позовава и на чл. 21 от Лисабонския договор, който свързва свободното движение на лицата с европейското гражданство.

Виждате, че с това трето дело националното право се рамкира още повече, ограничава се още повече от съюзното право. Динамиката на европейското гражданство има пълно надмощие над всякакви други правни съображения, каквито и да са те... Свободното движение на лицата, свързано с европейското гражданство, побеждава и германското и австрийското право.

Ето тук пак е налице една особеност на Правото на ЕС в сравнение с Международното частно право.

Може би бихме могли да заключим, че правото на лицата е засегнато, така да се каже, от съюзното право. На практика във всички тези дела, свързани с националното гражданство, най-важното съображение, най-важният довод, най-важният аргумент е пълното упражняване на свободното движение на лицата. И второто нещо е, че някак си се създава едно Международно частно право, което наистина е специфично в отношенията между ДЧ на ЕС.

И когато говорим за тази европейска рамка или това европейско рамкиране по отношение на националното право, виждаме все пак, че този обхват, неговият обхват не е толкова малък...

Статусът на гражданин на ЕС засили рамкирането на националните законодателства от страна на съюзното право и оттук следва вече, че правото на ЕС наистина се различава още повече от международното публично и частно право.

Не забравяйте обаче, че до тук разгледахме само първата част на делото *Зайн-Витгенщайн*. Защото има и втора част...

5. Във втората част на своето решение Съдът казва, че все пак Австрия има право да наложи своето ограничение. И това става в името на **зачитането на конституционната идентичност на ДЧ**. Започнах с това, че сме свидетели на една тенденция в работата на Съда, която се явява нещо като компенсация на другата тенденция. Досега говорихме за динамиката на европейското гражданство, която е такава, че правото на Съюза навлиза, така да се каже, в територията, образно казано, навлиза в националното право на ДЧ.

А сега ще говорим за обратното, за съдебна практика на СЕС, която свидетелства тъкмо за обратното, за съобразяването с националното право. Става дума за юриспруденцията, за съдебна практика, която е основана на зачитането на националната идентичност на ДЧ.

Тази съдебна практика започва от 2004 г. И именно в този контекст ще говорим втори път за делото *Зайн-Витгенщайн*.

Но първо да се върнем още малко на съдебната практика, свързана със зачитането на основните права. Много добре знаете, че в началото договорите за създаване на Европейските общности изобщо не споменават нищо, в тях нищо не се споменава за защита на основните права. Много добре знаете каква е целта на Римския договор – създаването на икономическа общност. А дали икономическата общност би могла да накърнява основните права? Разбира се, че не. След като няма такава връзка, не става въпрос за тяхното зачитане. Само че действителността винаги е по-богата и много бързо в процеса на изграждане на тази икономическа общност се вижда, че трябва непременно да се обърне внимание на основните права.

Да се обърнем към един пример, свързан с Общата селскостопанска политика на Съюза. Знаете, че още от създаването на ЕО, най-общата така да се каже политика, тази, която има най-европейски характер, е именно Общата селскостопанска политика. Това означава, че компетенциите в областта на разработването и приемането на политиката в областта на селското стопанство са делегирани широко на европейските органи, на органите на ЕС.

И в рамките на предоставените компетенции европейските институции могат да взимат императивни мерки. Това е една централизирана политика, например по отношение на определянето на цените на селскостопанските продукти или определянето на квоти за производство на продукти по различните пазари. Това е нещо много сериозно. Да вземе за пример гроздето и лозята. За да наложи необходимата (според нея) регулация, Комисията може да блокира за една година отглеждането на лозови насаждения. Един производител на вино може да бъде принуден за една година да изостави една четвърт от насажденията си. Това е много. Естествено, че една такава мярка посяга върху правото на собственост. Тук веднага навлизаме в сферата на защита на основните права. Затова дори когато говорим за икономическата интеграция, непременно става въпрос за защита на основни права. И тъй

като в Договорите този въпрос не се разглежда, налага се с това да се заеме Съдът на ЕО.

6. Когато говорим за работата на Съда в Люксембург при разглеждането и тълкуването на тези въпроси, свързани с основните права, можем да установим, че се различават **няколко етапа**. В началото, доколкото в Договорите не става дума за защита на основните права, Съдът не се занимава с тях, просто ги игнорира. Едва през 1970 г. за пръв път СЕО се произнася относно защита на основните права. И тъй като една от нашите цели е да разгледаме принципите в основата на общностния правен ред, тук трябва да кажем нещо много важно.

6.1. С какви правни средства СЕО може да се заеме със защитата на основните права, след като те въобще не са посочени в Договорите? Във всички правни системи съдията тълкува закона, а не го създава, той не е законотворец. Той задължително трябва да се позове на определен източник на Правото, за да може да съди след това.

Източниците на Общностното право по това време са договорите за създаване на ЕО, в частност Римският договор за ЕИО. И няма никакъв акт на производното право, като например Харта за основните права, няма никакъв акт, на които СЕО да може да се опре. Затова СЕО ще постъпи така, както постъпва всеки съдия, когато няма абсолютно никакъв източник, бил той писан или не. Съдът на ЕО се позова на **общите правни принципи**. На практика неговата работа ще се основава на препратки към общите правни принципи...

6.2. Ето как разсъждава Съдът. Ето какво се случва в първото дело, свързано с този въпрос, от 7 декември 1970 г. *Internationale Handelsgesellschaft*. Съдът приема тогава, че всички ДЧ имат общи конституционни традиции. Това е, напомним ви, 1970 г. и в ЕО членуват само 6 държави-членки...

В тази обща европейска традиция или в тези общи европейски традиции влиза зачитането на правата на човека. Оттук произтича, че защитата на основните права е един от общите принципи на Общностното право. И Съдът не създава нов източник на правото, а се позовава на източниците, които

съществуват във всички ДЧ. И тъй като се позовава на тези принципи, които са общи, оттам произтича общ принцип за ЕО. По този начин защитата на основните права влиза в правния ред на ЕО.

6.3. В **делото Nold** от 11 май 1974 г. (има го и във вашия чудесен сборник „55 най-важни решения на Съда на ЕО“, за чието издаване приветствам вашия преподавателски екип!) **СЕО** за пръв път се позовава на Европейската конвенция за правата на човека. Интересно е да се разберат нещата много ясно от гледна точка на правния анализ. Ясно е, че ЕКПЧ не е източник на Общностното право. Обаче през 1974 г., когато се разглежда това дело, Съдът установява, че всички ДЧ, тогава вече 9, са се присъединили към ЕКПЧ. И поради това Съдът също би могъл да се позове на тази конвенция. Защото тя е изразител на обща традиция, на обща воля и общи ценности. И всъщност всичко се разглежда в светлината на общите правни и принципи. На практика Съдът в Люксембург приема правата, закрепени в ЕКПЧ, за общи принципи.

6.4. И в **делото Хауер** от 13 декември 1979 г. се казва, че една мярка, приета от институции на ЕО, може да бъде отменена, обявена за нищожна, ако не съответства на общите правни принципи. Същата съдебна практика се разширява с делото *Вахауф* от 13 юли 1989 г. В това дело не става дума за мерки, приети от европейските институции, а за мерки на ДЧ, но приети за прилагане на общностни правни норми. Разбира се, регламентите могат да изискват определени мерки за прилагането им в ДЧ, директивите пък сами по себе си предполагат предприемането на определени мерки за тяхното изпълнение. И така какво става? В това решение се казва, че националните мерки по прилагане на Общностното право трябва да бъдат съобразени с общите принципи. А общите принципи, това на практика са основните права.

6.5. И така в своята работа **СЕО** **все по-често се позовава на ЕКПЧ**. Между другото това създава проблеми, защото тази ЕКПЧ е свързана с Европейския съд по правата на човека в Страсбург. От което следва, че могат да се получат разногласия, противоречия между работата на Съда в Люксембург и

работата на съда в Страсбург. Впрочем това и днес е едно от предизвикателствата пред бъдещото присъединяване към ЕКПЧ... Знаете добре, че Лисабонският договор предвиди изрично присъединяването на ЕС към ЕКПЧ. Процедурата вече започна. ЕС представлява юридическо лице и в качеството си на такова ще се присъедини към ЕКПЧ.

7. Утвърждаването на основните права като принципи на Общностното право е **последователна и устойчива тенденция**.

7.1. От 1993 г. насетне ролята на СЕО ще бъде утвърдена и прецизирана. Договорът от Маастрихт, който споменах във връзка с европейското гражданство, има много подчертана позиция и по този въпрос. Говорихме вчера за това, че целта на Договора от Маастрихт е превръщането на икономическата интеграция в политически съюз. Когато изграждаме една такава политическа формация, статутът на гражданин на ЕС е много важен елемент, той е свързан и с политически права.

Когато Договорът от Маастрихт си поставя амбициозната цел за изграждане на политически съюз, по никакъв начин вече не може да се пренебрегват основните права. И така **Договорът от Маастрихт кодифицира практиката на СЕО** и в частност делата, за които ви говорих.

В една от първите разпоредби на Договора от Маастрихт се казва, че основните права са част от общите принципи на Общностното право. И тук се споменават изрично общите конституционни традиции на ДЧ и ЕКПЧ. Всъщност няма никаква промяна. Това просто е, как да кажа, едно узаконяване или едно кодифициране на съдебната практика. Разбира се, ЕКПЧ не става източник за ПЕС, просто Съдът може да се позове на нея като каталог на основните принципи, на основните права.

7.2. **Договорът от Амстердам** от 1999 г. бележи нов етап. Първото, което той уточнява, е че основните права са част от ценностите на ЕС. Това поражда две последици. Първо, Съдът трябва да защитава основните права, нещо което е правел и преди, разбира се, обаче от своя страна, в своя правен ред, са-

мите национални държави трябва да зачитат основните права. Изрично се предвижда, че една национална държава, която не зачита основните права, ще бъде санкционирана. Разбира се, става дума не за правна, а за **политическа санкция**. Ако една държава например не зачита основните права в своя правен ред, то може да се суспендира нейният глас в Съвета.

7.3. През 2001-2002 г. **Договорът от Ница** бележи **следващ етап** по отношение на основните права. Става дума за приемането на Хартата за основните права. Само че по това време държавите основателки на ЕС все още не са узрели за по-цялостно решаване на въпроса. Хартата не влиза в самия Договор, а се прилага към него като декларация, без задължителен характер. Това означава, че не става все още истински източник на правото...

7.4. Но Съдът в Люксембург постъпва по същия начин, по който постъпва преди това и с ЕКПЧ. Т. е. на практика от 2003 г., когато Договорът от Ница влиза в сила, СЕО се позовава на Европейската харта за основните права – отново като „източник на вдъхновение“, като **каталог на общите принципи**.

7.5. След това идва **Конституционният договор**, с който се създава Европейска конституция. Знаете, че тя в крайна сметка не се приема, защото във Франция например референдумът завърши неуспешно... След това Холандия също гласува против и ратификацията на Конституцията не беше довършена. А в този договор се предвиждаше Хартата за основните права да придобие задължителен характер.

Този Договор за Европейска конституция се състоеше от три части и Хартата представляваше нейната втора част.

7.6. Поради важноста си, въпросът се постави отново при разработването на **Лисабонския договор**. Между другото Лисабонския договор отстъпи малко назад в сравнение с това, което бе предвидено в проекта за Конституция. Дискусиите бяха много продължителни и тежки, в крайна сметка Харта за основните права на ЕС (ХОПЕС) бе **изрично предвидена** в Лисабонския договор, без обаче да бъде част от него...

Но има една голяма разлика в сравнение с Договора от Ница. В Лисабонския договор се казва, че Хартата за основ-

ните права има същата правна стойност като Учредителните договори. По този начин ХОПЕС наистина се превръща в източник на правото в ЕС. И така и Съдът, и Първоинстанционният съд, и Съдът на публичната служба се позовават на тази Харта. Но някои държави се страхуват от това Хартата да стане задължителна. И знаете, че и Обединеното кралство и Полша, след това към тях се присъедини и Чехия, изискват приемането на протокол за прилагането на ХОПЕС.

С проф. Беноа-Ромер сте разгледали подробно тази материя. Затова аз ще приключа тази втора част само с една бележка.

8. Като хвърлим поглед към миналото и разгледаме практиката на Съда в Люксембург, можем да установим, че в действителност тази загриженост за защитата на основните права е **отговор на националните конституционни съдилища...**

8.1. През 1970 г. Германският конституционен съд в Карлсруе в Люксембург в прословутото решение по делото, останало с името „*So lange*” I по своеобразен начин отправя предупреждение, ако не и заплаха, към Съда. Знаете, че всъщност решенията са три. „*So lange*” означава „*дотогава, докато*”. Общностното право има примат по отношение на националното, вкл. конституционното, докато спазва, докато зачита основните права. На практика Германският конституционен съд отправя заплаха към Съда в Люксембург, че ако не се погрижи достатъчно да осигури зачитането на основните права, националните конституционни съдилища ще имат правото да му се противопоставят!

Делото *Нолд* е своеобразна реакция на делото *So lange II*.

На практика Германският конституционен съд отчита, че Съдът в Люксембург осигурява зачитането на основните права. Така Германският конституционен съд казва, че няма да има никакъв проблем с примата на Европейското право докато Съдът в Люксембург осигурява равностойна или еквивалентна защита на основните права.

Но това, което тогава не се забелязва, а аз мисля, че вече имаме възможност да го забележим, е, че зад цялото това по-

ведение, зад всичко това **прозира зачитането на конституционна идентичност!**

8.2. Ако човек прочете по-внимателно решението *So lange II* от 1974 г., ще види, че Германският конституционен съд казва следното: Германският основен закон, Германската конституция не може да позволи поставянето под съмнение на основната структура на Конституцията, която на практика представлява нейната идентичност. Иначе казано защитата на основните права е част от германската **конституционна идентичност**.

Ето това е ограничението, наложено от Германския конституционен съд, който казва, че приматът на интеграционното право може да съществува само ако наистина се осигури защита на основните права, защото тя е същността за Германската конституция.

8.3. През 1986 г. **Италианският конституционен съд** на практика приема същото. Италианският съд казва, че ако ЕО не осигури зачитането на основните права, то това би подкопало самите основи на италианския конституционен правен ред. Националните конституционни съдилища получават допълнителна яснота, ако не и гаранции, с проекта за Конституция за Европа от 2004 г. Това е съвсем разбираемо, тъй като в Договора за конституция се използват конституционни термини. И естествено, когато биват сезирани националните конституционни съдилища относно ратификацията, те много добре разбират текста, но настояват за някои уточнения.

8.4. Същото е най-очевидно при **Френския конституционен съвет...** Той казва: Правото на ЕС се налага над френското право включително и над Френската конституция. Акт на ЕО, правен акт, бил той регламент, директива или друг, се ползва с правен имунитет. Срещу такъв акт не може да бъде подадена жалба за неконституционност. Само че на този имунитет Френският конституционен съвет налага едно ограничение. Това е **зачитането на конституционната идентичност**. Това означава, че ако акт на ЕО поставя под съмнение или накърнява конституционната идентичност на Франция, той е неприемлив.

8.5. В прословутото решение на Германския конституционен съд от 30 юни 2009 г. се установява всъщност същото. Това решение възбуди много коментари, много дискусии. А в него Германският конституционен съд всъщност казва, че зачитането на германската конституционна идентичност е **задължително условие**. Непреодолимо условия, т. е. ЕС не може да накърнява или да посяга на германската конституционна идентичност.

Единственият упрек, който може деликатно да се отправи към Германския конституционен съд, е, че той придава много голямо значение, много голяма широта на разбирането за „конституционна идентичност“. То е много по-широко от тълкуването на Френския конституционен съвет. Може в бъдеще да има някакви спорове в това отношение...

9. В крайна сметка СЕО трябваше да вземе под внимание тази позиция на националните конституционни съдилища. Дори може да се каже, че конституционните съдилища на всички новоприети ДЧ имат същите проблеми и също разсъждават по този въпрос. Във всеки случаи можете да видите, че СЕО винаги е взимал под внимание заплахите, които са му били отправяни от страна на националните конституционни съдилища, свързани с конституционната идентичност. Първото такова съображение от страна на СЕО е именно свързано със зачитането на основните права. Може би това е един не чак толкова видим аспект на това, което наричаме диалог на съдилищата, на съдиите.

IV. Зачитането от Съда в Люксембург на конституционната идентичност на ДЧ

Всъщност конституционният съд, както и да се нарича той в различните страни, отправя послания към СЕО, които той взима под внимание. Свидетелство за това е неговата практика относно основните права.

1. ЕС навлезе вече във **втори етап**. СЕО и след декември 2009 г. СЕС вече наистина приема като свое **задължение да зачита конституционната идентичност на ДЧ**. Свидетелство е новата практика, която е факт от 2004 г. Нещо, което има и конкретна проява в най-новото решение по тази проблематика от 22 декември 2010 г. делото *Зайн-Витгенщайн*. И така навлизаме в самата сърцевина на изграждането на обединена Европа...

2. Нека видим как СЕО включва зачитането на конституционната идентичност в своята съдебна практика. Трябва да сме наясно, че **гласък и насърчение в този процес му дава Договорът от Маастрихт**. В една от своите първи разпоредби Договорът от Маастрихт определя за първи път, че Съюзът зачита националната идентичност на ДЧ. А защо се въвежда тази разпоредба в Договора от Маастрихт? Както вече обсъдихме, Договорът от Маастрихт си поставя за цел изграждането на политически съюз. И с това се събужда и страхът, държавите започват да се страхуват от този процес...

Добре, тръгваме към изграждането на политически съюз. С това сме съгласни. Но в този Съюз задължително трябва да се зачита националната идентичност на държавите. Когато се появи тази разпоредба, правната наука, правната доктрина, не ѝ обърна внимание, сякаш не я забеляза...

Защото тази разпоредба не влиза в полето на компетенциите на Съда в Люксембург. И ако това е принцип с политически характер, защо пък Съдът трябва да се занимава с него в своята правораздавателната дейност? Видяхме подценяване

на този принцип. Подценяване, при което се игнорира една дълбока тенденция в европейския интеграционен процес.

Знаете какъв беше лозунгът на проекта за конституция: „Единство в разнообразието“. Много ясен израз на тази тенденция. ЕС е политически съюз, но от това не следва да бъдат заличени и унищожени държавите, които го съставят. И от 2000 г. нататък конституционните съдилища обръщат внимание именно на зачитането на конституционната идентичност. И на практика тези два елемента – Договорът от Маастрихт и ролята на конституционните съдилища – водят до тази нова тенденция в практиката на СЕО, която сега ще разгледаме.

Ще илюстрирам тенденцията с няколко решения на СЕО.

3. Първото е решението по **делото *Омега*** от 14 октомври 2004 г. По това дело се атакува мярка, приета в Германия, в провинция Бон, която забранява лазерната стрелба или стрелба с лазерен лъч в рамките на младежки игри. Разбира се, тази мярка никак не е изгодна за чуждестранните фирми, които произвеждат тези игри, както и за фирмите, които ги внасят в провинцията. Те твърдят, че става дума за нарушение на свободното движение на стоки и на свободата на предоставяне на услуги. Те завеждат дело пред германския съд, който се обръща преюдициално към СЕО, който се изправя пред такъв въпрос за пръв път...

Защото Германия аргументира своето поведение и приетата мярка с Конституцията си! И се основава на концепцията за човешкото достойнство, както то се разглежда в Конституцията. Нацизмът е нещо, което не е много далече в миналото. И Германската конституция има много строга концепция по отношение на човешкото достойнство. Само че проблемът е, че тези игри не са забранени в другите ДЧ. И тогава как СЕО да подкрепи такива ограничения, засягащо вътрешния пазар. Разсъжденията на Съда се подразделят на два етапа...

3.1. Първо Съдът установява, че принципът на човешкото достойнство е част от традициите на всички ДЧ. И се опира на своето обичайно правораздаване, на своето обичайно виждане във връзка със защита на основните права.

3.2. Второто, което прави Съдът е, че признава, че една държава по причини на своята национална идентичност може да има по-стриктна, по-ограничителна концепция за защита на човешкото достойнство. И отново идва въпросът за прословутия контрол на пропорционалността. От една страна са основните свободи, свързани с вътрешния пазар, свободното движение на стоки и услуги, от друга страна стои защитата на основните права. И между двете трябва да има баланс. И Съдът трябва да установи има ли наистина пропорционалност между целта и приетата мярка. Изненадващо за мнозина, отговорът е положителен. Съдът приема, че една държава може да има специфично или различно тълкуване на основно право.

Това вече е различна концепция. Между другото това е една първа проява на зачитането на конституционната идентичност в работата на СЕО.

3.3. Следващото важно решение е от 12 септември 2006 г. по делото *Испания срещу Обединеното кралство*. Тук **концепцията е съвсем различна**. Спорът е относно Гибралтар, територия на Обединеното кралство, към която от много време Испания има претенции. Вчера стана дума за правото на глас на територията на друга ДЧ, в конкретния случай се установява, че Обединеното кралство не взело мерки за реализирането му. Делото отива в Съда в Люксембург и той взема решение, че Обединеното кралство трябва да вземе мерки, за да могат гражданите на ЕС да гласуват и да бъдат избрани. И Обединеното кралство прилага правилата, които всъщност действат на неговата територия при избора на Британския парламент. Според британските конституционни традиции в Камарата на общините могат да избират и да бъдат избрани не само гражданите на Обединеното кралство но и гражданите на Commonwealth, които живеят на територията му. Това се прилага и по отношение на Гибралтар: да избират и да бъдат избрани в ЕП ще могат всички граждани от Гибралтар, дори и да нямат британско гражданство. Испания не е съгласна. По този начин в ЕП могат да бъдат избрани лица, които изобщо не се граждани на ЕС. Един канадец,

който влиза в Commonwealth и не е британски гражданин, но живее в Гибралтар, ще може да гласува или дори да бъде избран за депутат в ЕП.

Испания се обръща към СЕО. Той установява първо, че понятието „гражданин на ЕС“ няма достатъчно точно определение в Договора. Особено, когато това е свързано с правото на гласуване и с правото лицата да бъдат избрани в ЕП. Вторият аргумент е свързан с британската конституционна традиция. Именно на нея се позовава СЕО, за да приеме, че Обединеното кралство има право на своя концепция за правото на гласуване и правото на хората да бъдат избирани в ЕП във връзка със своите традиции, свързани с Commonwealth. Между другото в този случай конституционната идентичност се използва, за да придаде по-особено значение на европейското гражданство...

3.4. Следващото важно дело е от 11 септември 2008 г. Испанската конституция по принцип е благосклонна по отношение на исторически създадите се общности, на исторически създадите се области като например Страната на баските. И според Испанската конституция съществува един принцип на самофинансиране, т. е. на самостоятелно финансиране на историческите общности и според този принцип може да се окаже помощ на значими предприятия в рамките на тези общности. Като, разбира се, тези предприятия, на които се оказва помощ, трябва да бъдат много по-значими от тези националните предприятия, които съществуват, за самата общност. Разбира се знаете, че държавните помощи са предмет на уреждане от интеграционното право. И ЕК е доста строга по отношение на възможностите за оказване на държавна помощ. Тука става дума за това дали е допустимо Испанската конституция да разрешава на Страната на баските да подпомага някои предприятия, които са в нужда, без това да отговаря на европейските изисквания.

Генералният адвокат пледира за благоприятно разрешение на въпроса и СЕО също се произнася в смисъл, че ЕС защита националната идентичност на държавите-членки. Това означава, че **Съюзът не трябва да накърнява конституционния ред на ДЧ**. В конкретният случай трябва да се зачете този

принцип на финансовата самостоятелност на историческите области и да им се оказват по-големи помощи.

3.5. В решението по делото *Утека* от 5 март 2009 г. пак става дума за Испания, пак става дума за исторически общности, но делото е съвсем различно. По силата на испанския закон телевизионните оператори заделят една малка част от своите постъпления за финансиране на езиците в Испания. И тази мярка също може да се счита за пречка, за нещо, което нарушава свободата на предоставяне на услуги от художествената дейност, дейността на артисти и т. н. Става дума за всички езици, които се говорят в Испания, не само за испански език, става дума за каталонски и за другите езици. Още веднъж СЕО подкрепя тезата и позицията на Генералния адвокат. А той приема, че езиковото многообразие е част от националната идентичност на ДЧ. Така че всъщност езиковото разнообразие е присъщо на националната идентичност и затова то трябва да се спазва.

И така стигаме отново до прословутото дело *Зайн-Витгенщайн*. В първата част на това решение се приема, че поправянето, коригирането на името на госпожата би било пречка за свободното движение на гражданите, на лицата. И така това е пречка, но дали тази пречка може да бъде оправдана, т. е. дали е основателна? Особено интересни са § 83 и § 92 от мотивите: „трябва да приеме, че в контекста на австрийската конституционна история, Законът за премахването на благородничеството (и благородническите титли) като елемент от националната идентичност може да бъде взет под внимание при балансирането на легитимните интереси с правото на свободно движение на лицата, признато от Правото на Съюза“. И следващото: „Редно е да припомним също така, че съобразно чл. 1 § 2 от ДЕС Съюзът зачита националната идентичност на ДЧ, в които се включва и републиканската форма на управление на държавата.“

Ето тук за пръв път СЕО се позовава пряко на зачитането на националната идентичност. Това е един вид продължение на делото *Омега*. На практика става дума за **баланс между**

свободното движение на гражданите и зачитането на националната идентичност на държавата.

От една страна стои свободното движение на гражданите, то трябва да бъде гарантирано. И Австрия няма право да попречи името на това лице, защото това ще му попречи да реализира правата, свързани със свободното движение. Обаче от друга страна Австрия счита, че забраната на благородническите титли и републиканската форма на управление са част, иманентно присъщи на нейната националната идентичност. И като се опитва да балансира нещата, Съдът приема аргументите на Австрия.

Това позоваване на чл. 4, § 2 на ДЕС относно конституционната идентичност на ДЧ показва, че всъщност е налице **нов елемент!** Договорът от Лисабон потвърждава още веднъж в чл. 4, § 2 на ДЕС, че ЕС трябва да зачита националната идентичност на ДЧ, в частност тяхната конституционна идентичност. И всъщност в този смисъл СЕС вече се чувства длъжен да осигури спазването на този принцип за зачитане на националната идентичност!

4. В заключение бих искал да направя няколко бележки. Видяхме, че статутът на гражданин на ЕС дава много нови права на този гражданин. В частност засилва още повече правото на свободно движение на лицата. Това засилване на правото на свободно движение води до по-голямото рамкиране на националното право от страна на съюзното право. Т. е. **интеграционното право навлиза повече в националното, налага му рамки.**

Но от друга страна СЕС признава, че **трябва да се зачита националната идентичност на ДЧ.** И това признание, признаване понякога налага някои ограничения на свободното движение на лицата.

И накрая се получава противоречие между ЕС като Съюз на гражданите и ЕС като Съюз от държави...

Аз мисля, че осъзнаването на това противоречие е наистина много същностен въпрос, много актуален въпрос в изграждането на единна Европа!

V. Конституционализирането на Правото на ЕС и последиците от зачитането на конституционната идентичност на държавите-членки

Необходимо е да изясним какви са последиците от всичко това, което разгледахме вчера и завчера. За да можем да установим какво е съотношението между конституционното право на ЕС и Правото на ДЧ. И разбира се, когато анализираме това съотношение, ще го направим в светлината на най-новите тенденции в съдебната практика на СЕС.

1. Но преди това нека видим какво представлява **понятието „Конституционно право на ЕС“**. Защото ако човек свърже двете понятия „конституция“ и „държава“, много трудно може да говори за „конституционно право на ЕС“, тъй като ЕС не е държава. Тази трудност беше забелязано именно по време на обсъждането на проекта за Конституция, който така и не беше приет, по-рано стана дума за това. На практика юристите имаха много затруднения във връзка със самата квалификация на този Договор за Конституция. Някои говориха дори за правно чудовище. Защото този Конституционен договор представляваше едновременно международен договор и конституция...

1.1. По своята форма той представляваше **международен договор**. Изготвен беше наистина по един специфичен, оригинален начин, непознат до този момент, но от друга страна, беше приет като международен договор. Текстът беше изготвен от Междуправителствена конференция, под него беше положен подписът на представителите на различните държави. И след това беше ратифициран от различните държави, не от всички, предвид провала във Франция и Холандия... От тази гледна точка може да се каже, че това беше един международен договор.

1.2. Само че по своето съдържание този международен договор можеше, макар и с уговорки, **да се приравни към конституция**. Защото по съдържание текстът съдържа основните аспекти, основните елементи, присъщи на всяка конститу-

ция: разпределението на компетенциите между Съюза и ДЧ, осъществяването на властта и разпределението на функциите между европейските институции. И след това взаимоотношенията между Съюза, от една страна, и гражданите и народите, от друга страна.

1.3. Ето тук понятието „гражданин на ЕС“ придобива наистина смисъл. Именно от материална, от същностна, субстанциална гледна точка, този международен договор може да се приравни към конституция. Само че за мен това не е достатъчно, за да говорим наистина за конституционно право на ЕС. Защото повечето от споменатите конституционни елементи могат да бъдат намерени и в някои международни организации, които са много напреднали в развитието си. Затова ми се иска да добавя един елемент, който наистина дава възможност да говорим за **конституционализиране на Правото на ЕС**. И този елемент ще го намерим при един много голям австрийски юрист от ХХ в., Ханс Келзен. Според Келзен не може да има конституция, ако в определен правен ред не съществува основна норма. По начало правовият ред се характеризира с нормативна йерархия. Когато говорим за правен ред, има различни равнища, норми на различни нива и най-отгоре стои конституцията. В правовата държава имаме различни нормативни етажи, образно казано. На практика конституцията определя правилата, по които ще бъдат изградени другите етажи. В конституцията се определя как ще се разработи законът на втория етаж в правовия ред, а законът – нататък.

След това конституцията и законът ще ни обяснят как ще се разработват общите и административни актове, които представляват третия етаж в правовия ред. И така конституцията, законът и регламентът ще определят условията, в които ще се разработват индивидуалните решения, които ще представляват четвъртия етаж в правовия ред.

И като говорим за конституционализиране на правото, то може да се счита за конституционализирано, ако има такава структура.

2. Нека сега да се опитаме да видим как могат да се направят тези разсъждения по отношение на интеграционното право. Когато говорим за **конституционализиране на правото на ЕС, има два важни аспекта.**

Първият аспект е вътрешната конституционализация на Правото на ЕС. Именно това ще разгледаме в първата точка – съществува ли конституционализация на Европейското право като такова? От друга страна, правото на ЕС стои над правото на ДЧ. Това представлява вторият аспект на тази конституционализация. Правото на ЕС явява ли се като конституция за правото на ДЧ? Именно този въпрос ще разгледаме във втората точка.

2.1. Въпросът за **вътрешната конституционализация** изисква да се види дали Учредителните договори, днес след ревизията от Лисабон, предвиждат **йерархизация на нормите в правовия ред на ЕС**. Може да се каже, че отговор на този въпрос няма. Могат да се намерят някои елементи на отговор в Лисабонския договор. Но в това отношение той с нищо не променя предишните договори.

2.1.1. Нека разгледаме **чл. 263** от Договора за функциониране на ЕС. СЕС осъществява контрол относно законосъобразността на законодателните актове, на актовете на Съвета, на Комисията и на ЕЦБ, с изключение на препоръките и становищата, както и на актовете на Европейския парламент и на Европейския съвет, предназначени да произвеждат правно действие по отношение на трети страни. Той контролира също така законосъобразността на актовете, издадени от органите, службите или агенциите на Съюза, предназначени да произвеждат правно действие по отношение на трети страни. За тази цел СЕС е компетентен да се произнася по искове на ДЧ, на ЕП на Съвета, или на Комисията на основание некомпетентност, съществено процесуално нарушение, нарушаване на договорите или на всяка правна норма, свързана с тяхното изпълнение или злоупотреба с власт.

Значи потенциално тук съществува йерархия, има йерархизация на правния ред на ЕС. На практика СЕС трябва да следи за евентуално нарушение на тази йерархия. На прак-

тика СЕС трябва задължително да следи всички правни актове на ЕС да бъдат съобразени с Договора. В тази разпоредба прозира и мисълта, че трябва да съществува йерархия също и между актовете на производното право. Това означава, че ако един производен правен акт е подчинен на друг, той трябва да бъде съобразен с него...

2.1.2. Премаваме към **чл. 267**, който е свързан с преюдициалните въпроси, отправени към СЕС. Между другото тази разпоредба потвърждава това, което току що разгледахме: СЕС е компетентен да се произнася преюдициално относно валидността и тълкуването на актовете на институциите, органите или агенциите на Съюза. А валидността зависи в голяма степен от йерархичното място на отделния акт.

2.1.3. Има още една разпоредба, от която прозира тази йерархизация на нормите в Правото на ЕС – **чл. 218**, т. 11: ДЧ, ЕП, Съветът или Комисията могат да поискат становището на Съда относно съвместимостта с Договорите на предвидено международно споразумение. В случай на отрицателно становище от страна на Съда, предвиденото споразумение не може да влезе в сила, освен ако не се внесат изменения в него, или не се преразгледат Договорите. Това означава, че ЕС не може да сключи международен договор, ако той не е съобразен с Учредителните договори.

2.1.4. Тук мисля, че трябва да добавим и още една разпоредба, която е съвсем различа, но също потвърждава идеята за йерархията в правовия ред на ЕС. **Член 290**, § 1 от ДФЕС определя: Законодателен акт може да делегира на Комисията правомощието да приема незаконодателни актове от общ характер, които допълват или изменят несъществени елементи от законодателния акт. Съществените елементи от една област се запазват от законодателния акт. Между другото лексиката, която се използва в Лисабонския договор, е различна от тая, която се използва в предишните договори. В договора от Ница не се говори за законодателно делегиране. Независимо от това, че тази техника съществува още от времето на Римския договор. Защото там е записано, че Съветът има право да делегира на Комисията своята нормотворческа функция,

разбира се, ако сметне за необходимо. Когато се упражнява тази функция, Комисията съблюдава съобразността, т. е. подчинението.

Но ако не направим едно **обобщение** на тези различни разпоредби, остава малко объркано усещане. Необходимо е да видим нещата в хронология и в същността на концепцията.

2.2. Първо, ДФЕС ни навежда на идеята за потенциална йерархизация на правовия ред на ЕС. Обаче да кажем така: ако има такава **йерархизация**, тя е **непълна, неточна и виртуална**. Защо е непълна? Защото не се казва, че Учредителните договори представляват истинска конституция. Освен това тя е непълна, защото не се определя точно каква ще бъде йерархията в производното право на ЕС. Тя е неточна и виртуална, затова защото на практика тази йерархия или тази йерархизация се изгражда от самия СЕС.

2.3. И така ако можем да говорим за вътрешна конституционализация на Правото на ЕС, тя почива изключително върху работата на СЕС. Затова трябва да разгледаме **най-важните решения на Съда, които са показателни за тази конституционализация**. Искане ми се да отбележа, че СЕС извежда един основен принцип още през 1964 г., което е много рано, нали, в самото начало на неговата дейност... Този принцип е следният: всеки акт, който намира своето основание, своя характер и своите граници в друга норма, се подчинява на тази норма. Това е всъщност определението на Келзен за правовия ред... И в случая СЕС се присъединява към него, подкрепя го!

2.3.1. Нека сега да видим как СЕС изгражда вътрешната йерархизация в правовия ред на ЕС. Нека първо да видим дали СЕС смята, че Учредителните договори са равностойни на Конституция. Този извод не произтича пряко от факта, че, виждате ли, СЕС трябва да следи всички актове на ЕС, всички норми да бъдат съобразени с Учредителните договори. Да, ако една норма не е съобразена с УД, може да бъде обявена за нищожна. Същото важи и за случаите, в които се отправя преюдициален въпрос за валидност и Съдът се произнася в същия смисъл. От това обаче не може да се направи извода, че Учредителните договори представляват Конституция. По-

добен извод би бил твърде елементарен, опростенчески. Чрез своята юриспруденция СЕС доближава някои аспекти, някои страни или характеристики на УД до самата природа, до самото естество на конституцията.

Първо на 23 април 1986 г. по делото *Зелените* и след това становището от 14 декември 1991 г. за Европейското икономическо пространство.

2.3.2. Нека първо да разгледаме решението от 23 април 1986 г. по делото *Зелените*. Не става дума за футболен отбор със зелен екип, а за партията на еколозите, на защитниците на околната среда. През 1984 г. се провеждат вторите избори за ЕП, в които участват всички граждани на ДЧ. Напомням ви, че още през 1958 г. в Римския договор се предвижда всеобщо гласуване за избиране на ЕП, но трябваше да се изчака акта от 1976 г., за да може това да се случи. През 1979 г. за пръв път ЕП се избира чрез всеобщо гласуване. Разбира се, този акт от 1976 г. трябва да бъде допълнен от други актове, в които се уточнява механизмът на избиране на ЕП. Например за финансирането на разходите за предизборната кампания на политическите партии, които участват в парламентарните избори. И така Зелените, т. е. партията на еколозите се оплаква, от това че е ощетена при провеждането на изборите за ЕП през 1984 г., защото ЕП е взел конкретно решение по отношение на Партията на зелените. Те подават жалба срещу Парламента пред Съда на ЕО. Това дело е наистина много интересно, вие сте го изучавали, защото жалбата е подадена срещу не коя да е институция на ЕС, а срещу самия ЕП. Интересно е, защото тогава в Римския договор все още не се предвижда срещу ЕП да бъде подаване на жалба за отмяна, за обявяване за нищожен на негов акт, тъй като ЕП не представлява институция по смисъла на договора. Но макар че в тази жалба се отправят нападки срещу ЕП, той е много доволен – защото в този случай СЕО признава, че актовете на ЕП могат да бъдат предмет на жалба и могат да бъдат обявени за нищожни в определени случаи. А щом като е така, то това всъщност е един вид признание, че той представлява истинска институция и може да приема актове, пораждащи преки правни последици!

2.3.3. По-късно СЕО ще признае и неговото право самият той да се обръща към Съда. И тогава вече ЕП наистина се превръща в институция. На практика всичко това е много благоприятно за ЕП, но в нашия случай не това ни интересува, разбира се... Това, което ни интересува, са етапите в разсъжденията на Съда. Тези етапи са три. Първо, Съдът разглежда решенията на ЕП, свързани с финансирането на предизборната кампания. Естествено, финансирането е свързано с това, че определена част от разходите се възстановяват от бюджета на ЕС. Второ, Съдът разглежда съобразността на акта за финансирането на партиите в предизборните кампании спрямо акта от 1976 г., който по форма е едно междуинституционно споразумение. На трето място Съдът всъщност прави преценка дали съответният акт е съобразен с т. нар. „Основна, базова конституционна харта“, както изрично определя Римския договор.

Това означава, че **Съдът признава, че някои аспекти на Учредителния договор представляват конституционна харта**. Те се такива, че всъщност УД може да се разглеждат като конституционна харта.

2.4. Това е идея, която се потвърждава в следващия случай – тук в **становището на СЕО от 14 декември 1991 г. относно Европейското икономическо пространство**. Видяхме по-рано разпоредбата, според която ЕС (тогава ЕО) не може да сключи международен договор, ако той не е съобразен с Учредителните договори. Между другото тук става дума за много важен международен договор. През 1991 г. ЕО се състои от 12 държави. Другите държави от Западна Европа, чиято политическа система е демократична, както в страните-членки на Общността, членуват в Европейската асоциация за свободна търговия. Това са например скандинавските страни, които на този етап още не влизат в Съюза, но и Австрия, Швейцария и т. н. И този договор е много важен, защото урежда сътрудничеството между ДЧ на ЕО и другите държави от Европейската организация за свободна търговия и става дума за много засилено сътрудничество, за създаване на зона за свободна търговия. Този договор предвижда и създаването на специален

съд (правораздавателен орган), т. нар. Съд на Европейското икономическо пространство. Той ще има за задача да решава всички спорове, които могат да възникнат около прилагането на клаузите на този договор за засилено сътрудничество. Преди да се подпише този договор, СЕО трябва задължително да се произнесе дали е съобразен с ДЕО и дали може да бъде сключен.

Съдът в Люксембург дава отрицателно становище, защото смята, че Договорът за ЕИП не е съобразен с Римския договор, нито с Единния европейски акт, който внася последните до тогава изменения в Римския договор. Съдът приема и че разпоредбите относно съда на ЕИП не са съобразени с Римския договор, защото създаването на този нов съд ще накърни собствените му правомощия... Компетенциите, които биха били предоставени на този съд на ЕИП ще поставят под съмнение принципа на самостоятелност, на автономия на европейската правосъдна система. А това е структурен принцип на интеграционното право. И тук Съдът добавя, че това е структурен принцип на „конституционната харта на правовата общност“.

Така въз основа на тези два случая – с едно решение и едно становище – както и на други решения на Съда, можем да направим извода, че Съдът открива в УД елементи, които го правят в известна степен **равностоеен на конституция**.

Това са структурните принципи, които са в основата на ЕС. Това означава, че когато четете Учредителните договори, Съдът разграничава неговите елементи. Някои елементи са толкова важни, че те по същество представляват елементи на конституция. Това е първият етаж в йерархията на вътрешния ред, на правовия ред на ЕС.

2.5. Нека де минем след това на следващите две решения – от 12 декември 1972 г. по делото *International fruit* и от 10 декември 1992 г. по делото *NNB*. Тук е важно да се установи **мястото на международните договори, сключени от ЕС, в йерархията на неговия правов ред**, т. е. какво е мястото на тези международни договори?

2.5.1. По делото *International fruit* Съдът е сезиран да се произнесе относно един регламент на Общността. Задава се въпросът дали един регламент е съобразен с международен договор, сключен от Общността. В този случай СЕО формулира принципа, че регламент на Общността може да бъде обявен за нищожен, ако противоречи на международен договор, сключен от нея. Само че за целта Съдът поставя две условия. Първо въпросният международен договор трябва да има задължителен характер. И трябва да има директен ефект, т. е. на него трябва да могат да се позовават частните лица при нужда. Т. е. ако един международен договор е задължителен, има задължителен характер и ако той има директен ефект за гражданите, то всички актове на производното право на Общността трябва да бъдат съобразени с него.

2.5.2. Това разбиране се потвърждава и в решението от 1992 г. по делото *NNB*. Тук става дума за регламент на Общността, който се приема в приложение на Антидъмпинговия кодекс на ГАТТ от 1947 г. ГАТТ всъщност е договор, общо споразумение за митата и търговията, в който се приемат различни кодекси и т. н. Има един такъв кодекс за борба срещу дъмпинга. Това е кодекс, който се разработва вследствие на обсъждането от 1965 г. Тъй като, разбира се, Римският договор си поставя същата цел: да се противостои на дъмпинга, трябва да приема такъв регламент, който отговаря на този кодекс срещу дъмпинга на ГАТТ.

Първото, което трябва да се отбележи, е, че през 1947 г. ЕО не съществува, следователно тя не е страна по това общо споразумение за митата и търговията, не е страна по ГАТТ. Но тъй като на практика с подписването на Римския договор се извършва едно прехвърляне, трансфер на компетенциите от държавите към Общността, то тогава се счита, и Съдът решава, че Общността на практика е продължител на ДЧ по това споразумение. И така се оказва, че ЕО е обвързана с кодекса за борба срещу дъмпинга и когато се приема въпросният регламент, Съдът трябва да прецени дали той е съобразен антидъмпинговия кодекс. Съдът приема, че този кодекс за борба срещу дъмпинга има директен ефект. Това означава, че прие-

ма, че в него има разпоредби, които пряко засягат предприятията, дружествата. В това отношение отговаря на условията, които се поставят в решението на Съда по предишния случай, в предишното дело *International fruit...* И в конкретния случай СЕО решава, че регламентът отговаря на разпоредбите и на изискванията на кодекса на ГАТТ за борба срещу дъмпинга.

Това потвърждава още веднъж, че **международните конвенции стоят над актовете на производното право** в йерархията на правовия ред на ЕС.

2.6. Следователно вече имаме прогласяване на Учредителните договори за конституционна харта, базова норма. След това идват международните договори на ЕО/ЕС. Разбира се те трябва да бъдат съобразени с конституционната харта, но стоят над актовете в производното право.

2.7. И сега стои въпросът има ли йерархия вътре в тази система, в тази съвкупност от актове на производното право. Този въпрос намира отговор в следващите решения: по делата *Отошер* и *Кооператива агрикола зоотехника*. В първия случай в делото *Отошер* от 1970 г. става дума за тази възможност на Съвета да делегира права на Комисията по отношение на правната уредба. Така Съветът е приел регламент, с който делегира част от изпълнителната си функция на Комисията. СЕО е сезиран, за да установи дали регламентът за изпълнение, приет от Комисия, отговоря или е съобразен с основния регламент, приет от Съвета.

И тук СЕО полага един принцип. Първо признава, че Съветът на министрите може да делегира своето нормативно правомощие, или своята нормативна власт на Комисията, като за целта използва базов регламент. И добавя, че това е възможно само ако регламентът за изпълнение е съобразен с базовия регламент. Защото ако в регламента за изпълнение, който приема Комисията, тя се отклонява от принципите, установени в базовия регламент, който ѝ делегира правото да създава последващи правила, то този последващ изпълнителен регламент трябва да бъде обявен за нищожен. Тук се появява нов етаж, или ново равнище в нормативната йерархия. И той е следният: регламентите за изпълнение трябва да бъ-

дат съобразени с базовите регламенти, от които черпят правно основание, иначе са нищожни.

По делото *Кооператива агрикола зоотехника* ще видим дали има разлика в регламентите за изпълнение и директивите. Тук отново става дума за делегиране на права от Съвета към Комисията и то в областта на Общата селскостопанска политика. Съветът е приел един базов регламент, в който се предвижда Комисията да приеме мерки за приложение. След това Съветът приема директива за изменение на основния регламент. Но сега въпросът е дали регламентите за изпълнение на Комисията трябва да бъдат съобразени не само с основния регламент, но и с директивата за изменение на основния регламент. И тук Съдът се произнася именно в смисъл, че регламентът за изпълнение трябва да бъде съобразен не само с основния регламент, но и с директивата за неговото изменение. И в случая се доказва, че директивите и регламентите са равностойно в йерархията.

2.8. Сега остава да уточним **какво е мястото на основните права в йерархията на Правото на ЕС**. По-рано започнахме този въпрос, говорихме за общите принципи, съответно за основните права. Спомняте си и това, че общите принципи всъщност бяха издирени, така да се каже, от Съда в други правни системи. Първо общите конституционни традиции на ДЧ, след това в ЕКПЧ.

И нека видим сега какво ще бъде мястото им в йерархията на интеграционните правни източници. До неотдавна, до 2008 г. имаше известна несигурност по този въпрос. Нека да си припомним решението по делото *Хауер* от 13 декември 1979 г. Ставаше дума за един регламент, свързан с Общата селскостопанска политика – дали той съответства, дали е съобразен с основните права. Регламентът беше приет от ЕК и предвиждаше собствениците на лозови насаждения да ограничат производството си за известен период от време. Първо това е свързано с упражняването на правото на собственост и второ – със стопанската инициатива. Когато анализира съобразността на регламента, Съдът се позовава на общите правни принципи, т. е. има ли традиция в правото на собственост,

в конституционното право на ДЧ, записано ли е то също така в ЕКПЧ, и същото за стопанската инициатива – записана ли е тя в основните права в ЕКПЧ и съществува ли в традицията на конституционното право на държавите-членки. И в това свое решение СЕО установява, че този регламент на Общността не е в нарушение. Защото в случая се оказва, че това ограничение е по съображения за публичен интерес, т. е. възможно е някакво ограничение на правото на собственост и на стопанската инициатива, което е в публичен интерес, а публичният интерес се изразява в случая в рамките на Общата селскостопанска политика.

Но същевременно Съдът се възползва от тази възможност, за да формулира един интересен принцип. Съдът приема, че **общите принципи**, които всъщност се изразяват чрез основните права, **стоят над всичко** в интеграционното законодателство. Те са така да се каже „надзаконови“. Звучи малко двусмислено, не е достатъчно ясно: те са супралегални.

Какво означава това? Къде е това място в йерархията, за която говорихме досега. В своето решение от 28 април 1988 г. Съдът прави едно уточнение. Тук ставаше дума за регламент на Общността, който като че ли нарушава принципа на легитимното доверие. А принципът на легитимното доверие е принцип, присъщ на правните държави в ЕС. Всъщност според този принцип един правен акт не може да има обратно действие. Защото това би внесло известна несигурност за гражданите. И тук Съдът разглежда доколко има съответствие между този регламент и принципа на легитимното доверие.

Изказът на Съда също е много интересен. Той казва така: регламентът на Общността трябва да бъде съвместим с общите правни принципи, които са в основата на правова общност. Използва именно този израз „**правова общност**“, за втори път след решението си за ЕИП. Използва го и в решението си по делото *Зелените*. Това вече е устойчива концепция! Тук става дума за това дали общите правни принципи, които защитават основните права, всъщност съставляват или се вписват в конституционната харта на правовата общност.

2.9. Особено интересно е решението от 3 септември 2008 г. по делото *Кади и Ал Баракат*. То е част от една поредица решения, които съставляват много важна част от съдебната практика на СЕО и на Първоинстанционния съд. Става дума за начина, по който ЕС прилага санкции, наложени от ООН в рамките на борбата срещу тероризма. След трагедията от 11 септември 2001 г. Съветът за сигурност на ООН прие много важни резолюции във връзка с борбата срещу тероризма. Бяха взети най-различни мерки, сред които беше и учредяването на един Комитет по санкциите. Той редовно води списък, който се актуализира непрекъснато, списък на физическите лица и на сдруженията, за които има съмнение, че подпомагат тероризма. Това е така да се каже списък на заподозрените лица и ако наистина има сериозни основания, може да им се наложи ограничение по отношение на свободата на движение, а освен това и авоарите им в банките да бъдат замразени. В ЕС тези мерки са уредени в регламенти на Общността. Това дело, разбира се, ще бъде разгледано в отделна лекция в материята за съдебната система, защото то се разглежда и от Първоинстанционния съд, и от СЕО като втора инстанция. Г-н Кади и г-н Ал Баракат се обръщат към Първоинстанционния съд, днес това е Общият съд на ЕС. Те смятат, че този Комитет за санкции на ООН не зачита основните права. Между другото тези две лица са хора, чиито авоари в банките са били блокирани в съответните държави. И всъщност това, което ги смущава и от което се оплакват, е, че резолюцията на ООН е такава, че не им дава никаква възможност за контестация, за противопоставяне, т. е. те са записани в този списък на заподозрените лица и нямат право да възразят, никаква възможност да възразят! И регламентите на ЕО, приети за изпълнението на тези мерки, не подобряват това положение, не осигуряват възможност за защита.

Тези лица нямат никакво право да възразят директно, сами да се изправят срещу решението да фигурират в тези списъци. В регламентите на ЕО по изпълнение на резолюциите на ООН също няма истинско право на защита на тези лица. Решението на Първоинстанционния съд е много интересно, за

да не кажа странно за специалистите в областта на Правото на ЕС. Той заявява следното: резолюциите на ООН имат приमत по отношение на всички правни системи, включително и правото на ЕС. На практика по този начин се осигурява абсолютен имунитет на мерките, които са взети от Съвета за сигурност на ООН. Това означава, че Първоинстанционният съд на ЕО казва следното: регламентът се приема в приложение на резолюция на ООН по глава 7 на Устава на ООН, която се отнася до колективната сигурност, и не е предвидена никаква възможност за оспорване на приетите мерки. Първоинстанционният съд приема, че тази 7-ма глава е от такова значение за мира и за общата сигурност, че наистина има абсолютен имунитет в правораздаването.

Значи се оказва така, че резолюциите на ООН по глава 7 от Устава на ООН имат специален статут, толкова специален, че трябва да бъдат прилагани при всякакви обстоятелства, включително от ЕС. И тук Първоинстанционният съд предвижда само едно изключение от този правораздавателен имунитет. И това изключение е когато резолюциите на Съвета за сигурност вървят срещу юс когенс. Това означава, че има норми, които са от толкова огромно значение, че трябва да се прилагат при всички обстоятелства. Само че Първоинстанционният съд установява, че тук няма никакво противоречие с нормите юс когенс. И отговорът на жалбата, подадена от г-н Кади и г-н Бараката, е отрицателен.

След това те обжалват решението на Първоинстанционния съд пред СЕО. И тогава СЕО казва, че Първоинстанционният съд е на абсолютно погрешен път и ако беше студент по право щяха да му пишат двойка... Първо СЕО се позовава на решението по делото *Зелените*. Съдът заключава, че ЕС е правова общност и нейните институции не могат да заобиколят задължителното изискване за съобразеност с основната конституционна харта, с конституционната харта на тази правова общност, каквато са Учредителните договори. Зачитането на правата на човека е условие за законосъобразност на всички актове на производното право включително и на международните договори.

Разбира се, СЕО подчертава и значението на резолюциите на Съвета за сигурност на ООН по глава 7. Наистина те са от много голямо значение, наистина трябва да се изпълняват, но трябва да съществува и някакъв контрол за това дали те са съобразени с основните права. Тяхната сила, оправдана от тяхната важност, не може да се наложи над първичното право на ЕО/ЕС, в частност над общите принципи, от които основните права са част. И така Съдът заявява: контролът на валидността на всички актове на Общността по отношение на основните права се счита в правовата общност за израз на конституционна гаранция. Това означава, че основните права са част от конституционната харта.

Така вече се създава **ясна представа за йерархията в Правото на ЕС**: На върха е Конституционната харта. В нея са включени основните права. На втория етаж, така да се каже, или на второто равнище следват международните договори, които са съобразени с първичните източници. След това на третото равнище са директивите и базовите регламенти. Те са на едно равнище. На следващото, четвърто равнище са изпълнителните регламенти или регламентите за изпълнение. И накрая идват индивидуалните актове.

И се вижда, че правовият ред спазва много строго тази йерархия, т. е. йерархията е много по-строга, отколкото в други системи. И заслугата за това отново е на интеграционния съд в Люксембург.

3. Последното, на което искам да се спрем, е разбирането, че въпросът за съюзната конституция трябва да бъде разгледан и осмислен не само във вътрешен план, както направихме дотук. Той трябва да се разглежда и от гледна точка на **съотношението между Правото на ЕС и правото на ДЧ**. И всъщност ето тук идва този прословут принцип на върховенството или примата на Правото на ЕС по отношение на Правото на ДЧ.

3.1. Две решения са много показателни за извеждането на принципа на примат на съюзното право над вътрешното право на държавите-членки: решението от 15 юли 1964 г. по де-

лото *Коста срещу Енел* и решението от 9 март 1978 г. по делото *Симентал*.

След това в три други решения ще видим как зачитането на правото на ДЧ ограничава все пак този примат на Правото на ЕС.

И накрая прословутото дело *Зайн-Витгенщайн*, което просто трябва да използвате като настолна книга, защото по-важно от него днес няма, казано на шега...

3.2. Учредителните договори дават твърде малко указания относно интеграционния правов ред. Всъщност те не дават абсолютно никакви указания за отношенията между ПЕС и правото на ДЧ. И тъй като Съдът много добре разбира, че това е много голяма опасност, започва едно много твърда и последователна линия в своята съдебна практика.

Ключово е неговото решение по делото *Коста срещу Енел*. Още тогава, през 1964 г., съдът в Люксембург ясно определя, че по причина на неговия специфичен и оригинален характер Общностното право не допуска да му се противопостави, т. е. на него не може да се противопостави вътрешен закон, какъвто и да е той, без то да загуби своя общностен характер и без това да постави под съмнение, под въпрос самата общност. Оттук произтича една идея за правната доктрина – за това, че приматът наистина е нещо екзистенциално, от същностно и жизнено значение за ЕО, за целия интеграционен проект.

3.3. Нека още веднъж видим каква е особеността на този примат на съюзното право в сравнение с Международното публично право. Международният съд в Хага също признава, че Международното право стои над вътрешното право на държавата. Само че този примат някак си не прилича на примата, за който говори СЕО. Разбира се, когато говорим за Международното право, то е международно защото стои над вътрешното. Тук сме свидетели на една дуалистична, двойствена система – този примат е валиден само вътре в Международното право.

Защото за да бъде този примат действителен, той на практика зависи от конституциите на държавите. В конституцията на всяка държава трябва да бъде записано, че Международ-

ното право има примат по отношение на вътрешното право. И в повечето държави всъщност този примат, това върховенство на Международното право се изразява чрез въвеждане на неговите изисквания във вътрешното право. Трябва да има вътрешен акт, който да придаде сила на международния акт във вътрешното право. Всъщност най-просто това означава дуализмът в този контекст.

Само че когато през 1964 г. СЕО говори за примат, той има предвид нещо съвсем друго. Съдът заявява, че ЕО получава от ДЧ прехвърлени компетенции. Това всъщност са компетенции, които позволяват на Общността да произвежда актове, адресирани пряко до лицата, до хората в тези държави. Изводът на Съда е, че Общностното право се интегрира, включва се в правото на всяка ДЧ.

В случая според СЕО принципът на примата не съответства на логиката на дуализма. Просто няма двойственост, налага се монистичен подход. Общностното право се прилага директно в ДЧ. И тази характеристика е свързана със специфичната природа, с особения характер на ЕО. А тази специфична природа, това изключително естество на ЕО е такова по волята на ДЧ, защото именно те създават заедно тази Общност.

И така според СЕО **принципът на примат има общ и абсолютен характер**. Общ характер означава, че абсолютно всички актове, които са част от правния ред на ЕО, имат примат или върховенство над правото във всяка ДЧ. Това се отнася не само до Учредителните договори, т. е. до правото, което е в основата на Общността, първичното право, но се отнася и до всички производни актове – международните договори на ЕО и ЕС, директивите, регламентите, както и индивидуалните решения. Този примат е абсолютен, защото се упражнява по отношение на цялото вътрешно право на ДЧ. И най-вече: съюзното право няма смисъл, ако няма автоматично примат над правото на отделните държави.

Това върховенство над цялото вътрешно право на ДЧ се подчертава в решението по **делото Симентал** от 9 март 1978 г. Принципът на примат всъщност задължава националните

съдилища да не се съобразяват по никакъв начин с всички разпоредби на националното законодателство, които противоречат на съюзното право. Ако има такива разпоредби, те не трябва да се прилагат. Независимо дали става дума за разпоредба от национален закон, който е приет преди въпросния европейски акт, или след него. Това означава, че когато има някакъв спор и националното съдилище трябва да го реши, а съществува закон в националното законодателство, който е приет след влизането в сила на регламента, то този закон няма да се приложи, щом противоречи на този акт.

3.4. Това разбиране бе кодифицирано с Договора от Лисабон, тази **съдебна практика** бе **потвърдена от държавите-членки**. Към Договора от Лисабон бе приложена декларация, която ясно казва, че принципът на примат се прилага така, както следва от практиката на СЕО/СЕС. Това означава, че се утвърждава концепцията за общия и абсолютен примат, изведена в люксембургската юриспруденция.

Всъщност още когато беше разработен проекта за Конституция за Европа, това бе въпрос, който си зададе и нашият, **Френският конституционен съвет**. В чл. 6 на този проект за конституция беше предвидена разпоредба, която изрично провъзгласява принципа на примат на Правото на Съюза над правото на ДЧ – очевидно над цялото право и на всяка ДЧ. И всъщност това е един от проблемите, които се разглеждат, когато се поставя въпросът дали проектът за Конституция за Европа съответства на Френската конституция. Френският конституционен съвет направи заключение, че **записването на принципа на върховенството в проекта не противоречи на Френската конституция** по две причини. Първо, Правото на Съюза има примат над френското право, защото това е предвидено и в самата Френска конституция. По повод Договора от Маастрихт Франция преразгледа своята Конституция и в нея се въведе една нова глава, посветена на ЕС. И там се предвижда, че Франция принадлежи на ЕС и спазва Правото на ЕС. Така според Френския конституционен съвет приматът на съюзното право не е основан на самото съюзно право, т. е. не произтича от Правото на ЕС, а произтича от Френска-

та конституция... И всъщност се оказва така, че правовият ред на Съюза стои над правовия ред на ДЧ, но това се изразява чрез неговата съобразеност с конституциите. Сиреч това минава през конституцията. Той е факт, защото конституцията на ДЧ го предвижда...

И вторият аргумент, поради който няма противоречие според Френският конституционен съвет е, че в проекта за конституция на ЕС се потвърждава още веднъж, че ЕС трябва да зачита националната идентичност на ДЧ.

4. И така стигаме до нашия въпрос за **зачитането на националната идентичност**. И трябва да отговорим на следния въпрос: дали зачитането на националната идентичност ограничава принципа на върховенството или примата на ПЕС по отношение на Правото на ДЧ. Не, **принципът на зачитане на националната идентичност не противоречи на принципа на примат на правото на Съюза**. Това е произтича ясно и от решенията на СЕО от 2004 г. и от 2008 г. В тези две свои решения СЕО потвърждава нещо много важно: дори и ЕС да зачита конституционната идентичност на държавите, това по никакъв начин не противоречи на примата на съюзното право. И това е така по две причини.

4.1. Първо, една държава не може да се позове на **основанието за зачитане на конституционна идентичност, за да нарушава Правото на ЕС**. Второ, когато говорим за зачитане на конституционната идентичност, тази **конституционна идентичност не включва всички норми, всички принципи, включени в конституцията, а само същностните...**

4.2. Същностните конституционни принципи обаче са част от конституционната идентичност на самия ЕС! Част от „конституционния корпус“ на ЕС, неговото първично право. И един съюзен правен акт може да бъде валиден само ако не противоречи на съюзния конституционен корпус, т. е. не може да противоречи и на основните конституционни принципи на държавите-членки!

И така от принципна гледна точка зачитането на идентичността на държавите не противоречи, не противостои на примата на съюзното право.

4.3. И ако се върнем на това, за което говорихме по-рано, и което показва решението по **делото Зайн-Витгенщайн**, ще видим, че това, което прави СЕО през последните години е, че включва в своята съдебна практика зачитането на националната идентичност на ДЧ. И това е особено ясно и показателно в решението по делото *Зайн-Витгенщайн*. Съдът признава, че е налице ограничение на движението на гражданите на ЕС. Но след това приема, че такова ограничение е основателно, защото трябва да се зачита националната идентичност на отделната ДЧ, в случая на Австрия. И в крайна сметка зачитането на конституционната идентичност не поставя под съмнение върховенството на съюзното право.

4.4. От всички тези решения видяхме, че **зачитането на конституционната идентичност всъщност налага някои ограничения на свободата на вътрешния пазар**. Но това не поставя под съмнения примата на интеграционното право. Защото всъщност Правото на ЕС се спазва, конкретното ограничение е основателно...

4.5. Трябва да се отбележи и още нещо: че самият факт, че СЕО взима под внимание зачитането на конституционната идентичност, е нещо което става **по настояване на конституционните съдилища на ДЧ**.

И така: ако всички тези решения взети заедно не накарняват по никакъв начин принципа на върховенство на съюзното право, то е защото съществува съобразяване на националната идентичност и защото съществува диалог между съдиите – съюзните и националните, най-вече конституционните. Защото обхватът на принципа на примата наистина зависи от очакванията и от разговора, който се води между СЕО като съюзен конституционен съд и националните конституционни съдилища.

СЕО наистина говори за абсолютния примат на интеграционното право, но действителността зад него е малко различна. Всъщност **действителният примат, ефективният**

примат, отчита, отразява диалога между Съда в Люксембург и конституционните съдилища на ДЧ. Иначе системата ще се взриви. Ще се получи разрив между СЕС и някой национален конституционен съд. Имаше такава опасност по отношение на Германския конституционен съд и то на два пъти. И спасителен се оказа диалогът. **Диалогът е много важен** и ние се надяваме, че този диалог ще ни спести възможните разриви или взривове.

Но това е опасност, която плува във въздуха и която не може напълно да бъде отхвърлена...

Заклучение

В заключение нека видим какви са възможните изводи по отношение на характера, на същността на ЕС. Казах го и го подчертах неведнъж през тези три дни, в които работихме заедно: от гледна точка на най-различни аспекти Правото на ЕС се различава принципно и стои съвсем отделно от Международното право. Нека да отида малко по-далеч, като кажа, че като организация ЕС е **много различен, много далеч от международните организации**. Той не е една обикновена, типична международна организация.

Същевременно ЕС не е **федерална държава**. Във федералната държава принципът на примата изобщо не се осъществява по същия начин. Във федералната държава ако актът, приет в един от щатите, противоречи на един федерален акт, той просто се отменя, той е нищожен. Там има единен правов ред и няма никакъв диалог между провинциите или щатите и федералната държава. След това във федералната държава само тя е суверенна, подразделенията (щати, провинции, области, републики) нямат суверенитет. Лисабонският договор потвърди още веднъж, че ДЧ запазват своя суверенитет.

Има два елемента, които са показателни в това отношение. Първият, много съществен за ЕС е, че **компетенциите на ЕС са му предоставени от държавите**. Правомощията за предоставянето на компетенции обаче остават изцяло и само на държавите, от компетенцията на националните държави е да решат какви компетенции да прехвърлят на ЕС и докога, т.е. те могат да ги оттеглят обратно, да напуснат ЕС.

Лисабонският договор изрично предвиди такава възможност, каквато не бе закрепена никога по-рано: всяка държава има право да се оттегли от ЕС, макар като спази определена процедура. Което означава, че суверенитетът, за който говорим, наистина е принципен за ДЧ. Но **самото зачитане на националната идентичност е много е показателно за това какво представлява ЕС**. Аз още веднъж искам да кажа, че той не е проста, типична международна организация, както не е федерална държава.

Моята теза, както и тезата на други колеги в това отношение, не на всички, разбира се, е че **ЕС е федерация от национални държави**. Това не е федерална държава. Между другото, когато човек разглежда развитието на политическите идеи, установява, че федерацията като такава, като идея или концепция, се появява преди проявата на федералната държава. Това, което отличава ЕС като „федерация на държавите-нации“, е всъщност, че суверенитетът се поделя или е общ. Тази федерация се състои от държави-нации, но централната структура, самата Федерация, не е суверенна. Когато се говори за зачитане на националната идентичност, сме свидетели точно на това разбиране.

Това означава, че **в бъдеще ДЧ на ЕС няма да изчезнат като суверенни държави**. Но самият факт, че тези държави, всяка една от тях със своя суверенитет, са се обединили, показва, че на практика този суверенитет ще се запази и в бъдеще. Те го защитават, съхраняват. Именно затова нараства този процес на взимане под внимание на националната идентичност от страна на Съда на ЕС в Люксембург.

И още веднъж искам да подчертая, че това нарастващо внимание от страна на СЕС става по настояване, по желание на конституционните съдилища на ДЧ. Ето това е, така да се каже, оригиналността, изключителният характер на ЕС като оригинална политическа форма, оригинална политическа организация.

ЕС е организация, която има бъдеще в смисъла на запазенния суверенитет и национална идентичност на членуващите държави. Няма никаква опасност от тяхното заличаване. И можем да кажем, че проектът за конституция и Лисабонският договор признаха тази особеност.

Така окончателно **беше изоставен митът**, който съществуваше в началния период на изграждането на Обединена Европа. Това беше митът за изграждане на една федерална европейска държава.

Друг е въпросът дали това е нещо хубаво или лошо. Дали това е за наша радост или за съжаление. Всеки може да има лично мнение по въпроса...

Ако ЕС или неговите ДЧ искат да тежат повече в този свят, в който има емблематични, много силни държави, държави-континенти, държави, които представляват, така да се каже, силата на даден континент. Задължително ми се струва ЕС да се засили.

От друга гледна точка в нашия район на света, в който се зародиха държавите-нации, които след това се обединиха, би било жалко тези държави-нации, националните държави да изчезнат...

Аз мисля, че именно в това се състои **оригиналният, изключителният характер на единна Европа като политическа организация.**

И така всички ние, разбира се, е добра да се надяваме и да вярваме в бъдещето на ЕС, като бъдат запазени националните държави, членуващи в него!

Разбира се, нека да си пожелаем политиците от нашето поколение да бъдат на висота. Ако не, да се надяваме че следващите наистина ще бъдат. Ето това вече е **вашето бъдеще!**

...За мен както винаги беше изключително удоволствие да бъда сред вас! До следващия път!...

IV. ПРИНЦИПЪТ НА НЕДИСКРИМИНАЦИЯ В ПРАВОТО НА ЕС

*Международна блиц-конференция
„Дни на европейското правосъдие в България“
в рамките на официалното посещение на
делегация на Съда на ЕС в Република България
21 май 2013 г.*

**Приветствие на проф. д-р Сашо ПЕНОВ,
Декан на Юридическия факултет
на Софийския университет
„Свети Климент Охридски“
по повод гостуването на делегацията на Съда на ЕС
в Софийския университет и лекторията пред
студенти и преподаватели
в Международната магистърска програма
„Право на ЕС“**

Уважаеми г-н Председател на Съда на Европейския съюз
проф. Скурис,

Уважаеми дами и господа съди и генерални адвокати в
Съда на Европейския съюз,

Дами и господа конституционни съдии и съдии от
върховните съдилища и прокурори от ВКП и ВАП,

Уважаеми колеги професори,

Скъпи студенти,

Драги гости,

За Юридическия факултет на Софийския университет е
изключително висока **чест** да посрещне голямата делегация
на съдебната институция на Европейския съюз. **Миналата
година** отбелязахме тържествено 120-гозишнината на нашия
факултет и 60-годишнината на Съда на ЕС. **Сега** провеждаме
серия *инициативи по повод Европейската година на гражданите*, а

месец май обявихме за *Месец на Европейския съюз в Юридическия факултет* с втората по ред Международна блиц-конференция „Дни на европейското правосъдие в България“ И ще го кажа смело: **никой друг европейски университет** няма подобна уникална възможност само в рамките на две седмици да чуе лекциите на може би **двамата най-големи**, най-признати специалисти по европейско право – проф. Жан-Пол Жаке на 9 май и проф. Коен Ленартс днес!

Днешната лекция става се осъществява в рамките на **официалното посещение** на 18-членна делегация на Съда на ЕС в България по покана на председателя на ВКС проф. Лазар Груев. То става възможно благодарение на личния авторитет на българския съдия в Съда на ЕС г-н **Александър Арабаджиев**, председател на Българската асоциация по европейско право, на кого искам специално да благодарим! Вярвам, че посещението на делегацията в СУ се дължи и на нашата много силна Международна магистърска програма „Право на ЕС“, студентите от която са в залата и днес, и нашите вече над 20 публикации по право на ЕС.

*И ако мога да добавя нещо по-философско, но и шеговито: младите ни колеги трябва да знаят, че понякога над най-високото има по-високо. Съдът на ЕС е най-горната инстанция, но в живота по-горе стои чаровната камара на **съпругите** на съдиите, които сърдечно приветствам с добре дошли в Софийския университет!*

Сега пред Вас ще застане **проф. Коен Ленартс** – автор на някои от най-задълбочените изследвания на правото на ЕС. Той е магистър по публична администрация от Харвардския университет; асистент, впоследствие професор по европейско право в Католическия университет на Льовен, Белгия и в Колежа на Европа в Брюж, адвокат в брюкселската адвокатска колегия, съдебен помощник в Съда на Европейските общности, съдия в Първоинстанционния съд на ЕО от 1989 до 2003 г. и съдия в Съда от октомври 2003 г. Заместник-председател на Съда от 9 октомври 2012 г.

Проф. Ленартс, за мен е **чест** да Ви дам думата за лекция в Юридическия факултет на Софийския университет!

The Principle of Equal Treatment and the European Court of Justice*



Koen Lenaerts

*Vice-President of the Court of Justice of the European Union
Professor of European Union Law, Leuven University*

As Bell notes¹, the evolution of the principle of equal treatment in the EU legal order has been governed by two different, albeit intertwined, dynamics. On the one hand, the principle of equal treatment, which originally operated as a federalising device, has progressively grown out of its internal market origins. Currently, that principle not only operates as a means of tearing down obstacles to the free movement of goods, persons and capital, but also implements the value of ‘equality’ on which the EU is founded.² Indeed, for measures that fall within the scope of EU law, that principle prohibits discrimination based on sex, racial or ethnic

* All opinions expressed herein are strictly personal to the author.

¹ M. Bell, ‘The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening’ in P. Craig and G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU law*, 2nd Ed. (Oxford, OUP, 2011) 611 et seq.

² Article 2 TEU reads as follows:

‘The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities.

These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.’

origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation ('the widening of the principle of equal treatment'). On the other hand, the principle of equal treatment has become deeply rooted in the constitutional fabric of the EU. It is a general principle of EU law, which is enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the 'Charter').³ In addition to implementing one of the values in which the EU is founded, that principle is listed as one of the objectives that the EU must pursue.⁴ Moreover, that principle pervades the entire body of EU law and stands at the apex of the hierarchy of EU norms ('the deepening of the principle of equal treatment').

For the Court of Justice, the interpretation and application of the principle of equal treatment is of paramount constitutional importance. Indeed, the Court of Justice could not fulfil its mission of upholding the rule of law without honouring that principle, which is part and parcel of the very idea of true justice. That is why the Court of Justice strives to guarantee that, within the scope of EU law, comparable situations are not treated differently and that different situations are not treated in the same way unless such treatment is objectively justified (prohibition of discrimination).⁵

By looking at some examples taken from the case law of the Court of Justice, the purpose of my contribution is thus to provide a general overview of the main features of that principle.

I. Test-Achats: the principle of equal treatment as a ground for review of secondary EU legislation.

Within the scope of application of EU law, the principle of equal treatment is binding not only on Member States and individuals, but

³ [2012] OJ C 326/02. Chapter III of the Charter, which deals with equality before the law (Article 20), non-discrimination (Article 21), cultural, religious and linguistic diversity (Article 22), equality between men and women (Article 23), the rights of the child (Article 24), the rights of the elderly (Article 25) and integration of persons with disabilities (Article 26).

⁴ See, regarding the promotion of equality between men and women, Articles 3(3) TEU and 157 TFEU.

⁵ See, generally, K. Lenaerts and P. Van Nuffel, *European Union Law*, 3rd Ed (London, Sweet & Maxwell, 2011), Chapter 7, 156 et seq.

also on the institutions, which may not adopt any criteria in breach of that principle. Thus, if secondary EU legislation runs counter to the principle of equal treatment, the Court of Justice would not hesitate to annul such legislation or declare it invalid.

In *Test-Achats*, the referring court asked the Court of Justice whether Article 5(2) of Directive 2004/113⁶ was valid in light of the principle of equal treatment between men and women. Article 5(1) of Directive 2004/113 implements that principle in relation to 'actuarial factors'. It provides that the differences in premiums and benefits arising from the use of sex as a factor in the calculation thereof must be abolished by 21 December 2007 at the latest. By way of derogation, Article 5(2) of Directive 2004/113 stated that it was permitted for Member States to introduce proportionate differences in individuals' premiums and benefits where the use of sex was a determining factor in the assessment of risk based on relevant and accurate actuarial and statistical data.⁷ If a Member State made use of that option before 21 December 2007, its decision had to be reviewed five years after that date, account being taken of a Commission report. At the outset, the Court of Justice stressed that Directive 2004/113 expressly refers to Articles 21 and 23 of the Charter. Accordingly, the validity of Article 5(2) of Directive 2004/113 had to be determined in light of those two provisions. Next, the Court of Justice looked at the Treaty provisions which define the principle of equal treatment between men and women as a social objective to be attained by the EU, namely the second subparagraph of Article 3(3) TEU and Articles 8, 19(1) and 157(1) TFEU. In this regard, it pointed out that '[i]n the progressive achievement of that equality, it is the EU legislature which (...) determines when it will take action, having regard to the development of economic and social conditions

⁶ Directive 2004/113 implements the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, [2004] OJ L 373/27.

⁷ This meant, for example, that national law could allow car insurance companies to impose higher premiums on men than on women given that, in accordance with statistical data, men have a higher risk of causing a car accident than women.

within the [EU].⁸ This meant, for example, that, since the use of actuarial factors related to sex was a widespread practice in the Member States, it was permissible for the EU legislator to provide for the appropriate transitional period. This was actually the rationale underpinning Article 5(1) of Directive 2004/113 which sets 21 December 2007 as the deadline for the implementation of the principle of equal treatment between men and women in relation to actuarial factors. By contrast, Article 5(2) contained a derogation from that principle which was subject to no temporal limitation. '[G]iven that Directive 2004/113 is silent as to the length of time during which those differences may continue to be applied', the Court of Justice observed, 'Member States which have made use of the option are permitted to allow insurers to apply the unequal treatment without any temporal limitation'.⁹

The Council supported the validity of Article 5(2) of Directive 2004/113, arguing that, in the context of certain branches of private insurance, the respective situations of male and female policyholders may not be regarded as comparable, given that, in light of statistical data, the levels of insured risk may be different for men and for women. However, the Court of Justice took a different view. According to Recitals 18 and 19 of Directive 2004/113, the latter favoured the application of rules of unisex premiums and benefits. Accordingly, 'Directive 2004/113 is based on the premise that (...) the respective situations of men and women with regard to insurance premiums and benefits contracted by them are comparable'.¹⁰

For the Court of Justice, Article 5(2) of Directive 2004/113, 'which enables the Member States in question to maintain without temporal limitation an exemption from the rule of unisex premiums and benefits, works against the achievement of the objective of equal treatment between men and women, which is the purpose

⁸ Case C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats and Others*, judgment of 1 March 2011, not yet reported, para. 20. See, in this regard, K. Lenaerts, 'The European Court of Justice and Process-Oriented Review' (2012) 31 *Yearbook of European Law* 3.

⁹ *Ibid.*, para. 26.

¹⁰ *Ibid.*, para. 30.

of Directive 2004/113, and is incompatible with Articles 21 and 23 of the Charter'.¹¹ Consequently, that provision was held to be invalid upon the expiry of an appropriate transitional period, i.e. 21 December 2012.¹²

II. *Sturgeon*: the principle of equal treatment and the principle of consistent interpretation.

In accordance with a general principle of interpretation, '[an EU] act must be interpreted, as far as possible, in such a way as not to affect its validity and in conformity with primary law as a whole'.¹³ This means, for example, that all EU acts must be interpreted in accordance with the principle of equal treatment.¹⁴

In this regard, in *Sturgeon and Others*, the Court of Justice was asked whether Regulation No. 261/2004¹⁵ confers a right to compensation upon airline passengers in the event of delay. The wording of Regulation No. 261/2004 does not expressly create a right to compensation for those passengers whose flight is delayed, as opposed to passengers whose flight is cancelled, on whom such a right is explicitly conferred. Can this legislative silence be read as denying compensation to this category of passengers? The Court of Justice replied in the negative. It began by observing that, in the light of its objectives, Regulation No. 261/2004 does not exclude awarding compensation to passengers whose flight is merely delayed. Nor does Regulation No. 261/2004 rule out the possibility that, for the purposes of recognition of the right to

¹¹ *Ibid.*, para. 32.

¹² 21 December 2012 is the date on which the decision to derogate from the principle of equal treatment between men and women laid down in Article 5(2) of Directive 2004/113 was to be reviewed by the Member State concerned.

¹³ See, e.g., Case C-149/10 *Chatzi* [2010] E.C.R. I-8489, para. 43; Case C-12/11 *McDonagh*, judgment of 31 January 2013, not yet reported, para. 44.

¹⁴ Joined Cases C-402/07 and C-432/07 *Sturgeon and Others* [2009] E.C.R. I-10923, paras 48-61. See also, Joined Cases C-581/10 and C-629/10 *Nelson and Others*, judgment of 23 October 2012, not yet reported.

¹⁵ Regulation No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91, [2004] OJ L 46/1.

compensation, both categories of passengers can be treated alike.¹⁶ Next, the Court of Justice noted that, in accordance with a general principle of interpretation, '[an EU] act must be interpreted in such a way as not to affect its validity'.¹⁷ This means that an EU act must be interpreted in compliance with superior rules of EU law, including the principle of equal treatment. Hence, where passengers whose flight is cancelled and passengers whose flight is delayed are in a comparable situation, Regulation No. 261/2004 must be interpreted in such a way as to treat both categories of passengers equally. To this effect, the Court of Justice noted that both categories of passengers suffer similar damage, consisting in a loss of time. In particular, the situation of passengers whose flight is delayed is comparable to that of passengers who are informed upon arrival at the airport that their flight is cancelled and subsequently re-routed in accordance with Article 5 of Regulation No. 261/2004. Since Article 5 (1) (c) (iii) of Regulation No. 261/2004 only provides for a right to compensation where the cancellation of a flight and its subsequent re-routing entail a loss of time equal to or in excess of three hours, the same should apply in the event of delay.¹⁸ Therefore, the Court of Justice ruled that in order for Regulation No. 261/2004 to comply with the principle of equal treatment, it had to be interpreted so as to grant a right to compensation to passengers whose flight is delayed and who reach their final destination three hours or more after the arrival time originally scheduled by the air carrier.¹⁹ Finally, the

¹⁶ *Sturgeon and Others*, above n 14, para. 46.

¹⁷ *Ibid.*, para. 47.

¹⁸ *Ibid.*, para. 57.

¹⁹ The approach followed by AG Sharpston is somewhat different. She concurred with the Court of Justice in acknowledging that if compensation to passengers whose flight is delayed were excluded, then it would be impossible to reconcile Regulation No. 261/2004 with the principle of equal treatment. Yet, unlike the Court of Justice, the Advocate General did not provide a particular time-limit after which passengers whose flight is delayed enjoy a right to compensation. In her view, 'the actual selection of a magic figure is a legislative prerogative'. See Opinion of AG Sharpston in *Sturgeon and Others*, above n 14, paras 93-94. However, the Court of Justice deployed another argument in order to counter this 'separation of powers' objection. It invoked Recital 15 in the

Court of Justice recalled that air carriers are not obliged to pay compensation where they manage to prove that cancellations and delays are caused by extraordinary circumstances.²⁰

III. *Küçükdeveci*: the horizontal direct effect of the principle of non-discrimination on grounds of age.

The Court of Justice has ruled that some Treaty provisions may produce both vertical and horizontal direct effect. For example, this has been the case regarding the Treaty provisions on the free movement of workers.²¹ The same applies in relation to the principle of non-discrimination on grounds of sex in relation to pay.²²

More recently, in *Küçükdeveci*, the Court of Justice ruled that the principle of non-discrimination on grounds of age may also produce horizontal direct effect.²³ In that case, the national court asked whether Paragraph 622 of the German Civil Code (BGB), which provides for the periods of notice on dismissal which employers are required to observe to be increased incrementally with the length of service, but which disregards periods of the employee's employment before the age of 25, is compatible with EU law, notably Directive 2000/78 or the general principle of non-discrimination on grounds of age. If so, the national court also enquired whether this general principle may be applied to set aside Paragraph 622 BGB in a private dispute. The Court of Justice began by noting that the alleged discriminatory conduct took place after the period for transposition of Directive 2000/78 had expired. It also observed that Paragraph 622 BGB fell within the

preamble of Regulation No. 261/2004, whereby 'the legislature (...) linked the notion of 'long delay' to the right to compensation'. Thus, the Court of Justice did not encroach upon the prerogatives of the EU legislator but simply limited itself to clarifying a legislative choice already contained in Regulation No. 261/2004, namely the distinction between 'delay' (inferior to three hours) and 'long delay' (equal to or in excess of three hours). Whilst the latter gives rise to compensation, the former does not. See *Sturgeon and Others*, above n 14, para. 62.

²⁰ *Sturgeon and Others*, above n 14, para. 67 (extraordinary circumstances are defined as those which 'are beyond the air carrier's actual control').

²¹ Case C-281/98 *Angonese* [2000] E.C.R. I-4139, paras 30-36.

²² Case 43/75 *Defrenne* [1976] E.C.R. 455.

²³ Case C-555/07 *Küçükdeveci* [2010] E.C.R. I-365.

scope of application of that Directive given that the notice period is a condition of dismissal as provided for by Article 3 (1) (c) of Directive 2000/78. This meant that, since the contested legislation fell within the scope of application of that Directive, the latter had 'the effect of bringing within the scope of [EU] law [Paragraph 622 BGB]'.²⁴ Next, the Court of Justice found that, in accordance with Paragraph 622 BGB, employees who entered into an employment contract before the age of 25 benefited from a shorter period of notice than those who started working at a later age. Accordingly, the former category of employees was treated less favourably than the latter category just because of their age.²⁵ The Court of Justice ruled that such a difference in treatment could not be justified as the contested provision failed to comply with the principle of proportionality, given that the extension of the notice period for dismissal according to the employee's seniority in service was delayed for all employees who had joined the undertaking before the age of 25, even if the person concerned had a long length of service in the undertaking at the time of dismissal.

As there was a normative conflict between Paragraph 622 BGB and the principle of non-discrimination on grounds of age as given expression in Directive 2000/78, the Court of Justice was called upon to determine whether that provision could be set aside. After recalling that a Directive cannot produce horizontal direct effect,²⁶ it observed that national law could not be interpreted 'in the light of the wording and the purpose of the directive in question',²⁷ since that option had been ruled out by the national court.²⁸ Next,

²⁴ *Ibid.*, para. 25.

²⁵ *Ibid.*, para. 31.

²⁶ *Ibid.*, para. 46 (quoting Case 152/84 *Marshall* [1986] E.C.R. 723, para. 48; Case C-91/92 *Faccini Dori* [1994] E.C.R. I-3325, para. 20; and Joined Cases C-397/01 to C-403/01 *Pfeiffer and Others* [2004] E.C.R. I-8835, para. 108).

²⁷ *Küçükdeveci*, above n 23, para. 48 (referring to Case 14/83 *von Colson and Kamann* [1984] E.C.R. 1891, para. 26; Case C-106/89 *Marleasing* [1990] E.C.R. I-4135, para. 8; *Faccini Dori*, above n 26, para. 26; Case C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie* [1997] E.C.R. I-7411, para. 40; *Pfeiffer and Others*, above n 26, para. 110; and Joined Cases C-378/07 to C-380/07 *Angelidaki and Others* [2009] E.C.R. I-3071, para. 106).

²⁸ *Küçükdeveci*, above n 23, para. 49.

referring to its previous ruling in *Mangold*,²⁹ the Court of Justice held that ‘Directive 2000/78 merely gives expression to, but does not lay down, the principle of equal treatment in employment and occupation, and that the principle of non-discrimination on grounds of age is a general principle of [EU] law in that it constitutes a specific application of the general principle of equal treatment’.³⁰ In the key passage of the judgment, which merits full quotation, the Court of Justice ruled that:

“In those circumstances, it for the national court, hearing a dispute involving the principle of non-discrimination on grounds of age as given expression in Directive 2000/78, to provide, within the limits of its jurisdiction, the legal protection which individuals derive from [EU] law and to ensure the full effectiveness of that law, disapplying if need be any provision of national legislation contrary to that principle”³¹.

Before the Court of Justice delivered its judgment in *Kücükdeveci*, several objections had been raised against the horizontal application of general principles of EU law. For instance, AG Ruiz-Jarabo Colomer, whose second Opinion in *Pfeiffer* favoured the horizontal direct effect of Directives with a view to excluding conflicting national rules,³² subsequently argued in *Michaeler* that the horizontal application of general principles of EU law would ‘convert (...) typical [EU] acts into merely decorative rules which may be easily replaced by the general principles’.³³ Likewise, AG Kokott opined in *Kofoed* that parties should not be able to rely on a general principle of EU law where the latter is given specific effect and expressed in a concrete manner in a Directive. Since the content of general principles is ‘much less clear and precise’, the Advocate General considered that, for situations falling within the scope of a Directive, ‘there would [otherwise] be a danger (...) that the harmonisation

²⁹ Case C-144/04 *Mangold* [2005] E.C.R. I-9981, paras 74 to 76.

³⁰ *Kücükdeveci*, above n 23, para. 50.

³¹ *Ibid.*, para. 51.

³² Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer of 6 May 2004 in *Pfeiffer and Others*, above 26.

³³ Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer in Joined Cases C-55 and 56/07 *Michaeler & Others* [2008] E.C.R. I-3135, paras 20-22.

objective of [the] Directive (...) would be undermined and the legal certainty (...) which it seeks to achieve would be jeopardised'.³⁴

In the context of Directive 2000/78, AG Mazák in *Palacios de la Villa* observed that if general principles of EU law could be invoked independently of EU implementing legislation, not only would legal certainty be threatened –an obligation not laid down in national law being imposed on certain subjects of the law– but the vertical and horizontal allocation of powers laid down in Article 19 TFEU would also be disturbed.³⁵ The vertical allocation of powers would be threatened because the unanimity procedure laid down in that provision protects the competences of the Member States. The horizontal allocation of powers would suffer because the application of general principles of EU law between private parties runs the risk of rendering meaningless the choice of the Council to enact EU legislation lacking horizontal direct effect.³⁶ More recently, in *Dominguez*, AG Trstenjak criticised the approach followed by the Court of Justice in *Küçükdeveci*.³⁷ In this regard, she argued that such approach could give rise ‘to irreversible “ossification” of [the] legislative content [set out in Directive 2000/78]. As a result of incorporating more and more legislative content from a directive within the scope of protection of a general principle, the legislature would be deprived of the ability to make amendments to the directive, especially as such legislative content would then

³⁴ Opinion of AG Kokott in Case C-321/05 *Kofoed* [2007] E.C.R. I-5795, para. 67.

³⁵ Opinion of AG Mazák in C-411/05 *Palacios de la Villa* [2007] E.C.R. I-8531, paras 133- 138.

³⁶ *Ibid.*, paragraph 138 (Article 19 TFEU states that the Council ‘may take appropriate action to combat discrimination’. It follows that it is for the Council to decide whether such action requires the adoption of a Regulation or a Directive). The same argument was deployed by the Court of Justice to reject the horizontal direct effect of directives in *Faccini Dori*, above n 26. There it held that ‘[t]he effect of extending that case-law to the sphere of relations between individuals would be to recognize a power in the [Union] to enact obligations for individuals with immediate effect, whereas it has competence to do so only where it is empowered to adopt regulations’. *Ibid.*, para. 24.

³⁷ Opinion of AG Trstenjak in Case C-282/10 *Dominguez*, judgment of 24 January 2012, not yet reported.

be elevated to the status of primary law, upon which it cannot impinge'.³⁸

In *Küçükdeveci*, AG Bot argued that the horizontal application of the general principle of non-discrimination on grounds of age did not encroach upon the powers of the EU legislator. He posited that the normative yardstick for evaluating whether national law complies with EU law remains the relevant Directive and not the general principle enshrined therein.³⁹ It is only at a later stage that the general principle might become relevant, that is, when assessing the implications that flow from the fact that a national provision is in breach of the Directive. In examining whether a national provision is discriminatory, the Court of Justice will confine itself to interpreting Directive 2000/78. In particular, it will take due account of the limitations or derogations to the principle of equal treatment introduced by the EU legislator. Thus, the Advocate General suggests that this two-step analysis does not impinge upon the prerogatives of the EU legislator. Prechal seems to agree with AG Bot. She states that a Directive implementing a general principle should facilitate, rather than limit, 'the application and implementation of the general principle' contained therein.⁴⁰ Accordingly, as a sanction imposed on the infringing Member State, national provisions conflicting with the Directive should be set aside. However, in order not to upset the vertical and horizontal allocation of powers provided for by the Treaty, she argues that not only should the general principle be 'operational' – i.e. contain judicially manageable standards –, but the Court of Justice should also follow 'very closely the letter of the Directive, (...) remain[ing] nearly entirely within the scope of what the legislator provided for'. This is precisely what the Court of Justice did in *Mangold* and *Küçükdeveci*. First, the principle of equality is 'often as such operational'.⁴¹ Second, the Court of Justice remained close to the terms of the Directive.⁴²

³⁸ *Ibid.*, para. 157.

³⁹ Opinion of AG Bot in *Küçükdeveci*, above n 23, para. 34.

⁴⁰ S. Prechal, 'Competence Creep and General Principles of Law' (2010) 3 *Review of European Administrative Law* 5, at 18-19.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

In addition, as I have argued elsewhere,⁴³ these objections seem to overlook the fact that general principles of EU law enjoy a 'constitutional status'. In light of the hierarchy of norms, this means that whether a general principle produces horizontal direct effect is a determination that takes place at the level of 'primary law'. Such a determination does not fall within the purview of the EU legislator, nor of the Member States. It would take a Treaty amendment for the political process to interfere with it. *Defrenne*⁴⁴ and *Angonese*⁴⁵ illustrate this point.

In the former case, the Court of Justice ruled that the general principle of equal pay for equal work – grounded in ex Article 119 EEC (now Article 157 TFEU) – may produce horizontal direct effect. After looking at the aim, the nature and the place of the principle of equal pay for equal work in the scheme of the Treaty, the Court of Justice held that this principle is 'mandatory in nature' and accordingly, applies to public authorities and private individuals alike.⁴⁶ By contrast, not only was Directive 75/117,⁴⁷ which sought to improve the legal protection of workers suffering from unequal pay caused by sex discrimination, irrelevant to determine whether the principle of equal pay for equal work could produce horizontal direct effect, but the Court of Justice actually pointed out that in no way could Directive 75/117 reduce the effectiveness and the temporal scope of that principle.⁴⁸ Likewise, in *Angonese* the Court of Justice observed that Regulation No. 1612/68⁴⁹ which implemented the principle of free movement of workers as laid down in ex Article 39 EC (now Article 45 TFEU) was not applicable to a competition for a post organised by a private bank. This circumstance, however,

⁴³ K. Lenaerts and J.A. Gutiérrez-Fons, 'The constitutional allocation of powers and general principles of EU law' (2010) 47 *Common Market Law Review* 1629, at 1647 et seq.

⁴⁴ *Defrenne*, above n 22.

⁴⁵ *Angonese*, above n 21.

⁴⁶ *Defrenne*, above n 22, para. 39.

⁴⁷ OJ [1975] L 45/19.

⁴⁸ *Defrenne*, above n 22, para. 60. See also Case 96/80 *Jenkins* [1981] E.C.R. 911, paragraph 22 (holding that Directive 75/117 could not alter the content or scope of that general principle); Case C-17/05 *Cadman* [2006] E.C.R. I-9583, para. 29.

⁴⁹ OJ [1968] Spec. Ed. Séries I-475.

did not prevent the principle of free movement of workers – a specific application of the general principle of non-discrimination on grounds of nationality – from producing horizontal direct effect. The Court of Justice reasoned that its findings in *Defrenne* could, *a fortiori*, apply to the free movement of workers, since both principles are ‘mandatory in nature’ and seek to combat discrimination, albeit based on different grounds, on the labour market.⁵⁰ In the field of social law, could *Defrenne* support the horizontal application of other ‘constitutional categories’ of the principle of non-discrimination which are ‘mandatory in nature’ but are not laid down in a Treaty provision? In this regard, one could argue that in order to preserve the vertical and horizontal allocation of powers, only those general principles of EU law which are enshrined in a Treaty provision may produce horizontal direct effect. Stated differently, in the absence of a Treaty provision, *Defrenne* may not be relied upon. Yet, this argument does not seem convincing. A close reading of *Defrenne* reveals that the wording of ex Article 119 EEC did not play a major role in the rationale of the Court of Justice.⁵¹ Indeed, the Court of Justice did not focus on whether this Treaty provision was sufficiently precise to produce direct effect, preferring, instead, to ‘identify and isolate’ the general principle of equal pay for equal work.⁵² Most importantly, *Defrenne* shows that in deciding the horizontal application of the principle of equal pay for equal work, the Court of Justice was respectful of the prerogatives of the EU legislator and of the Member States. To this effect, the Court of Justice drew a distinction between situations where a ‘purely legal analysis’ sufficed to detect the presence of sex discrimination and complex situations where such a presence could not be ascertained unless legislative measures were adopted.⁵³ While in relation to

⁵⁰ *Angonese*, above n 21, paras 34-35.

⁵¹ For example, the Court of Justice observed that, while ex Article 119 EEC was formally addressed to the Member States, this circumstance did not exclude ‘rights from being conferred on individuals’ who seek to enforce the duties laid down therein. *Ibid.*, para. 31.

⁵² P. Craig and G. De Búrca, *EU Law: text, cases and materials*, 4th edn (Oxford, OUP, 2007) 276-277.

⁵³ *Defrenne*, above n 22, paras 19-22.

the former type of situations, the Court of Justice is in a position to hold that the general principle of equal pay for equal work produces horizontal direct effect, in the latter type of situations the Court of Justice is not. Therefore, in so far as this distinction is complied with, the vertical and horizontal allocation of powers is not disturbed by the horizontal application of a general principle. This is so regardless of whether the general principle is grounded in a Treaty provision.

It is in this sense that the Court of Justice confirmed in *Küçükdeveci* that the general principle of non-discrimination on grounds of age, now enshrined in Article 21 of the Charter, is to be applied horizontally in an employment relationship covered by Directive 2000/78.⁵⁴

IV. *Bressol*: the principle of equal treatment and EU citizenship.

Every citizen of the Union has the right not to suffer discrimination on grounds of nationality in all situations falling ‘within the scope of application of the Treaties’. Such situations include those involving the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaties, as well as those involving the exercise of the right enjoyed by citizens of the Union to move and reside within the territory of the Member States (see Article 21 TFEU [*ex Article 18 EC*]).⁵⁵ Accordingly, a person can rely on the provisions of the Treaties if he or she, being a national of a Member State and thus a citizen of the Union, lawfully resides in the territory of another Member State.⁵⁶ Moreover, Article 18 TFEU also applies where a family member of a citizen of the Union has made use of his or

⁵⁴ *Küçükdeveci*, above n 23, paras 50-55.

⁵⁵ See *K. Lenaerts and P. Van Nuffel*, above n 5, 161, § 7-055.

⁵⁶ Case C-85/96 *Martínez Sala* [1998] E.C.R. I-2691, para. 61. Lawful residence in the territory of another Member State suffices. It is not required that the citizen concerned has actually moved from one Member State to another: see Case C-148/02 *García Avello* [2003] E.C.R. I-11613, paras 13 and 27; Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] E.C.R. I-9925, para. 23.

her right of free movement (as opposed to the citizen himself or herself), where this results in unequal treatment.⁵⁷

The exercise of the fundamental right to free movement enables citizens of the Union to claim equal treatment in a broad range of areas.⁵⁸ For example, the Court of Justice applies Article 18 TFEU to the conditions governing access to education. Consequently, it is, in principle, contrary to the principle of equal treatment for a Member State to provide free access to higher education for resident students, whilst applying a 'numerus clausus' to students coming from other Member States. The ruling of the Court of Justice in *Bressol* illustrates that point.⁵⁹

In that case, the Court of Justice was asked by the Belgian Constitutional Court to examine the compatibility of the decree of the French Community ('the 2006 decree') – which regulated the number of students in certain programmes in the first two years of undergraduate studies in higher education – with the Treaty provisions on EU citizenship. The system of higher education of the French Community is based on free access to education, i.e. there are no entry exams. However, in recent years, French students, who had failed to pass the entry exams in France, have gone to study at the Universities of the French Community. The number of students having become too large, in particular in medical and paramedical courses, the authorities of the French Community thought that, having regard to the budgetary, human and material resources available to the teaching institutions concerned, such an influx of students was jeopardising the quality of teaching – and, because of the nature of the programmes at issue, public health. Accordingly, in relation to nine medical or paramedical programmes,⁶⁰ the French Community adopted the

⁵⁷ Case C-403/03 *Schempp* [2005] E.C.R. I-6421, paras 22-25.

⁵⁸ See K. Lenaerts and P. Van Nuffel, above n 5, 162, § 7-055. See also K. Lenaerts, 'European Union Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity' (2011) 18 *Jurisprudencija* 397.

⁵⁹ Case C-73/08 *Bressol and Others* [2010] E.C.R. I-2735.

⁶⁰ Those 9 programmes were: Bachelor in physiotherapy and rehabilitation; Bachelor in veterinary medicine; Bachelor of midwifery; Bachelor of occupational therapy; Bachelor of speech therapy; Bachelor of podiatry-chiropractic; Bachelor

2006 decree which provided a numerus clausus for enrolment by non-resident students who were selected by the drawing of lots, whilst resident students continued to enjoy free access to the courses referred thereto. In order to qualify as a resident student, a double condition had to be fulfilled. 'Essentially, "residents" [were] persons who both [had] their principal residence in Belgium and [had] a right of permanent residence in Belgium'.⁶¹ Moreover, the number of non-resident students in those courses could not exceed a 30% threshold. Mr Bressol and other students, most of them French nationals, brought an action before the Belgian Constitutional Court contesting the constitutionality of the 2006 decree. They posited that that decree violated the principle of equality by treating resident and non-resident students differently, for no valid reason.

At the outset, the Court of Justice stressed that EU law does not detract from the Member States the power to organise their education systems and vocational training. A Member State is free to opt for a system based on free access or for a system which lays down a numerus clausus of students. However, in so doing, it must comply with EU law, in particular with the Treaty provisions on EU citizenship.⁶² Next, the Court of Justice found that the 2006 decree put non-resident students at a disadvantage vis-à-vis resident students, since only the latter continued to enjoy free access to any of the nine medical or paramedical courses referred to. Since the condition of residence was more easily met by Belgians than by students of other nationalities, the 2006 decree created a difference in treatment indirectly based on nationality that needed to be justified.⁶³

As to the justification of the 2006 decree, the Belgian Government argued that it sought to counter the excessive burdens on the financing of higher education brought about by non-resident students. However, observing that the financing of

of physiotherapy; Bachelor of audiology; Educator specialised in psycho-educational counselling.

⁶¹ Opinion of AG Sharpston in *Bressol and Others*, above n 59, para. 25.

⁶² *Bressol and Others*, above n 59, paras 28-29.

⁶³ *Ibid.*, para. 46.

higher education did not depend on the total number of students but was based on a system of a 'closed envelope', the Court of Justice dismissed that justification.⁶⁴

In addition, the Belgian Government posited that the 2006 decree aimed to ensure the quality and continuing provision of medical and paramedical care within the French Community. It argued that the large numbers of non-resident students were likely ultimately to reduce the quality of teaching in medical and paramedical courses which require a significant amount of hours of practical training. In the same way, those large numbers may also bring about a shortage of qualified medical personnel throughout the territory which would undermine the system of public health within the French Community, given that after completing their studies, non-resident graduates tend to return to their country of origin to exercise their profession there, whilst the number of resident graduates remains too low in some specialities.⁶⁵ The Court of Justice recognised as legitimate the public health concerns raised by the Belgian Government. However, it provided a detailed framework of analysis that the referring court had to follow in order to determine whether there were genuine risks to the protection of public health and thus, whether the 2006 decree complied with EU law.

First, in assessing those risks, the referring court had to take into consideration 'the fact that the link between the training of future health professionals and the objective of maintaining a balanced high-quality medical service open to all is only indirect and the causal relationship less well established than in the case of the link between the objective of public health and the activity of health professionals who are already present on the market'.⁶⁶ Second, the Court of Justice pointed out that, whilst the Member State concerned does not have to wait for the risks to the protection of public health to materialise, it must, however, show that those risks actually exist. Third, the Court of Justice held that, for each

⁶⁴ *Ibid.*, para. 50.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 58.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 69.

of the nine courses covered by the 2006 decree, the analysis undertaken by the referring court had to determine the maximum number of students who can be trained at a level which complies with the desired training quality standards, as well as the number of graduates which is necessary to ensure adequate public health services. In determining those numbers, the analysis may not focus on one or the other group of students but it must take into account the number of non-resident students who decide to practice in Belgium, the number of resident students who decide to work in a Member State other than Belgium, and the number of healthcare service providers who may come to work in Belgium.

As to the proportionality of the contested measure, the Court of Justice held that the referring court had to verify whether a system of *numerus clausus* for non-resident students can really bring about an increase in the number of graduates ready to ensure the future availability of public health services within the French Community. As to the necessity of the measure, the Court of Justice ruled that it was for the referring court to ascertain whether there were less restrictive means of encouraging students who study in the French Community to establish themselves there. Finally, the Court of Justice compelled the referring court to verify whether the system of selection for non-resident students (based on chance rather than on merits) was necessary to attain the objectives pursued.⁶⁷

V. Chatzi, Audiolux and NCC Construction Danmark: Constitutionally prohibited grounds of discrimination and the relationship with the EU legislator.

In defining and implementing its policies and activities, the EU shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation (Article 10 TFEU).⁶⁸ Under Article 19 TFEU [*ex Article 13 EC*], introduced

⁶⁷ For the application of that framework of analysis by the Belgian Constitutional Court, see K. Lenaerts, 'How the ECJ thinks: A Study on Judicial Legitimacy' (2013) 36 *Fordham International Law Journal* (forthcoming).

⁶⁸ In addition, Article 9 TEU proclaims the general principle of the equality of citizens of the Union before the Union's institutions, bodies, offices and agencies (principle of democratic equality).

by the Amsterdam Treaty), the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, is to take appropriate action within the limits of the powers conferred upon the EU by the Treaties to combat discrimination based on these grounds. Accordingly, the Council has adopted directives prohibiting discrimination on the basis of racial or ethnic origin⁶⁹ and a general framework for equal treatment in employment and occupation.⁷⁰ The purpose of the second directive is to combat any form of discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation.⁷¹

The Treaty of Nice made it possible for the European Parliament and the Council to adopt, under the ordinary legislative procedure, incentive measures, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States, to support action taken by the Member States (Article 19(2) TFEU).⁷² Where a person suffers discrimination outside that context on the basis of the specified (or other) criteria, he or she can bring an action on the basis of the general principle of equal treatment, unless, as far as EU law is concerned, his or her situation contains no link with EU law.⁷³

⁶⁹ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, [2000] OJ L180/22.

⁷⁰ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, [2000] OJ L303/16. See also Decision No 1672/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 establishing a Community Programme for Employment and Social Solidarity – Progress, [2006] OJ L315/1.

⁷¹ See K. Lenaerts and P. Van Nuffel, above n 5, 167, § 7-059.

⁷² See the Community action programme to promote organisations active at European level in the field of equality between men and women, established by Decision No 848/2004/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, [2004] L157 (republished with corrigendum: [2004] L195/7).

⁷³ See K. Lenaerts and P. Van Nuffel, above n 5, 168 and 169, § 7-059.

For example, in *Chatzi*⁷⁴ the referring court asked whether clause 2.1 of the framework agreement on parental leave⁷⁵ could be interpreted as meaning that the birth of twins confers entitlement to a number of periods of parental leave equal to the number of children born or whether it must be interpreted as meaning that their birth confers entitlement, like the birth of a single child, to just a single period of parental leave. After looking at the wording of clause 2.1 and after interpreting it literally, teleologically and contextually, the Court of Justice held that that provision does not require that entitlement to a number of periods of parental leave equal to the number of children born be automatically recognised in the event of the birth of twins.⁷⁶ Next, the Court of Justice held that Clause 2.1 had to be interpreted in light of the principle of equal treatment. In that regard, it noted that it was difficult to establish the group of persons with whom the parents of twins may be compared. However, 'whilst it cannot be denied that the task of bringing up twins entails greater effort and therefore is not comparable to care of a single child, it also cannot be ignored that the fact that twins grow up and develop in parallel entails synergies and that, consequently, the task of bringing them up is not necessarily comparable to the task that bringing up two children of different ages involves'.⁷⁷ That being said, the Court of Justice held that, 'read in the light of the principle of equal treatment, this clause obliges the national legislature to establish a parental leave regime which, according to the situation obtaining in the Member State concerned, ensures that the parents of twins receive treatment that takes due account of their particular needs'.⁷⁸

⁷⁴ *Chatzi*, above n 13.

⁷⁵ The framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, [1996] OJ L 145/4, as amended by Council Directive 97/75/EC of 15 December 1997, [1998] OJ L 10/ 24.

⁷⁶ *Chatzi*, above n 13, para.61.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 67

⁷⁸ *Ibid.*, para.75.

Moreover, it follows from *Audiolux*⁷⁹ and *NCC Construction Danmark*⁸⁰ that it falls to the EU legislature (or, where appropriate, to the national legislature) to identify the criteria on which differentiation between individual cases cannot legitimately be based. Yet, as *Mangold* demonstrates, the general principle of equality may be relied upon without further legislative intervention in relation to constitutionally prohibited forms of discrimination (e.g. discrimination on grounds of nationality, sex, age). The distinction between constitutionally prohibited forms of discrimination and other sets of circumstances calling for legislative intervention is a positive development. It shows that, beyond constitutionally prohibited forms of discrimination, the general principle of equal treatment cannot be relied upon to replace legislative choices. Otherwise, the Court of Justice would risk being dragged into policy-making based on its own conception of redistributive justice. However, this does not mean that the general principle of equality is confined to protecting constitutional situations. As *NCC Construction Danmark* shows, it only means that, when legislative discretion is involved, that principle intervenes at a later stage: as an *ex post* review of the internal consistency of the choices made by the legislature.⁸¹

VI. Kamberaj : the principle of equal treatment and third country nationals

The Court of Justice has made clear that Article 18 TFEU does not prohibit differences in treatment between nationals of Member States and nationals of third countries. In *Vatsouras*, the Court of Justice ruled that '[Article 18 TFEU] concerns situations coming within the scope of [EU] law in which a national of one Member State suffers

⁷⁹ Case C-101/08 *Audiolux and Others* [2009] E.C.R. I-9823 (ruling that that the alleged principle of equal treatment of minority shareholders could not be recognised as a general principle of EU law).

⁸⁰ Case C-174/08 *NCC Construction Danmark* [2009] E.C.R. I-10567 (holding that the general principle of equality read in the context of the common VAT system only required Denmark to treat comparable economic operators alike).

⁸¹ For a detailed analysis of those two judgments, see K. Lenaerts and J.A. Gutiérrez-Fons, above n 43, at 1660 et seq.

discriminatory treatment in relation to nationals of another Member State solely on the basis of his nationality and is not intended to apply to cases of a possible difference in treatment between nationals of Member States and nationals of non-member countries'.⁸²

However, the EU legislator has passed secondary legislation which seeks to guarantee that Member States do not discriminate against third-country nationals who are long-term residents.⁸³ Notably, Article 7 of Directive 2003/109⁸⁴ lists the areas in which such treatment must be granted to long-term residents.⁸⁵ Nevertheless, it also lists the situations in relation to which Member States may place

⁸² Joined Cases C-22/08 and C-23/08 *Vatsouras and Koupatantze* [2009] E.C.R. I-4585, para. 52.

⁸³ The essential conditions for a third-country national to qualify as a long-term resident are legal and continuous residence for five years, availability of sufficient resources and sickness insurance.

⁸⁴ Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, [2004] OJ L 16/44.

⁸⁵ Article 7(1) of Directive 2003/109 reads as follows:

'1. Long-term residents shall enjoy equal treatment with nationals as regards:

(a) access to employment and self-employed activity, provided such activities do not entail even occasional involvement in the exercise of public authority, and conditions of employment and working conditions, including conditions regarding dismissal and remuneration;

(b) education and vocational training, including study grants in accordance with national law;

(c) recognition of professional diplomas, certificates and other qualifications, in accordance with the relevant national procedures;

(d) social security, social assistance and social protection as defined by national law;

(e) tax benefits;

(f) access to goods and services and the supply of goods and services made available to the public and to procedures for obtaining housing;

(g) freedom of association and affiliation and membership of an organisation representing workers or employers or of any organisation whose members are engaged in a specific occupation, including the benefits conferred by such organisations, without prejudice to the national provisions on public policy and public security;

(h) free access to the entire territory of the Member State concerned, within the limits provided for by the national legislation for reasons of security.'

restrictions on that principle.⁸⁶ In *Kamberaj*,⁸⁷ the Court of Justice was called upon to interpret the principle of equal treatment as given expression in that Directive.

In that case, the referring court asked whether a Member State could discriminate against third-country nationals who are long-term residents in relation to housing benefits (for the case at hand, it was a contribution by national authorities to the payment of the rent for low income tenants). It is true that Article 7(1)(d) of Directive 2003/109 provides that long-term residents shall enjoy equal treatment with nationals as regards 'social security, social assistance and social protection'. However, that provision states that those concepts are 'defined by national law'. For the Court of Justice, this meant that, since the EU legislature wished to respect the differences between the Member States, the concepts of 'social security', 'social protection' and 'social assistance' are defined by national law, subject however to compliance with EU law. It follows that it was for the national court to assess whether the housing benefit in question fell within the fields covered by Directive 2003/109, taking into account both the integration

⁸⁶ Article 7(2), 7(3), 7(4) and 7(5) of Directive 2003/19 read as follows :

'2. With respect to the provisions of paragraph 1, points (b), (d), (e), (f) and (g), the Member State concerned may restrict equal treatment to cases where the registered or usual place of residence of the long-term resident, or that of family members for whom he/she claims benefits, lies within the territory of the Member State concerned.

3. Member States may restrict equal treatment with nationals in the following cases:

(a) Member States may retain restrictions to access to employment or self-employed activities in cases where, in accordance with existing national or Community legislation, these activities are reserved to nationals, EU or EEA citizens;

(b) Member States may require proof of appropriate language proficiency for access to education and training. Access to university may be subject to the fulfilment of specific educational prerequisites.

4. Member States may limit equal treatment in respect of social assistance and social protection to core benefits.

5. Member States may decide to grant access to additional benefits in the areas referred to in paragraph 1.

Member States may also decide to grant equal treatment with regard to areas not covered in paragraph 1.'

⁸⁷ Case C-571/10 *Kamberaj*, judgment of 24 April 2012, not yet reported.

objective pursued by that Directive and the provisions of the Charter. In addition, Article 7(4) of Directive 2003/109 states that 'Member States may limit equal treatment in respect of social assistance and social protection to core benefits'. Logically, the question was whether, in the event of the Member State concerned considering that housing benefits are part of its social assistance, those benefits could qualify as 'core benefits'. In that regard, the Court of Justice held that, in so far as Directive 2003/109 does not contain an exhaustive list of core benefits, it could not be excluded that the housing benefit in question fell within that concept, to which the principle of equal treatment had to be applied. Moreover, when defining the benefits that belong to the core of its social assistance, the Member State concerned must take into account the objective pursued by Directive 2003/109, namely the integration of third-country nationals who have resided legally and continuously in the Member States. The concept of core benefits must also be interpreted in conformity with the principles of the Charter, which recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources.

VII. Evolution and future challenges: same-sex marriages and bioethics.

So far, the EU Courts have deferred to the Member States and, as the case may be, to the EU legislature the question whether married couples and same-sex partnerships should be treated alike. The Courts referred to the legislator's power to make societal choices connected with the assessment of such discrimination.⁸⁸ The Court of Justice did not consider that the situation of a married official was comparable to the same-sex partnerships recognised by some Member States. However, the case law may evolve further. According to the most recent Staff Regulations, EU officials in a non-marital relationship recognised by a Member State as a stable partnership who do not have legal access to marriage should be

⁸⁸ See K. Lenaerts and P. Van Nuffel, above n 5, at 170, § 7-060.

granted the same range of benefits as married couples.⁸⁹ For some benefits, this also extends to other kinds of non-marital partnerships recognised by a Member State.⁹⁰ Likewise, recent EU legislation on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States includes among the “family member” of a citizen the registered partner if the legislation of the host Member State treats registered partnership as equivalent to marriage.⁹¹ It is also contrary to the principle of equal treatment for the EU institutions to make the grant of an allowance for an official’s children who have lost their other parent dependent upon the condition that the official was married to that other parent.⁹²

More recently, the Court of Justice had held that, in so far as national law treats marriage and same-sex partnerships alike, any discriminatory treatment regarding benefits deriving from an employment relationship would be contrary to the principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation as given expression in Directive 2000/78.⁹³ For example, if under national law marriage and same-sex partnerships stand on an equal footing, a national measure limiting survivors’ benefits under a compulsory occupational pensions scheme to surviving spouses would run counter to the principle of equal treatment.

Moreover, the application of the principle of equal treatment in matters relating to bioethics may constitute a challenging task for the Court of Justice in the near future. For example, in pending case

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ See Case T-58/08 P *Roodhuijzen* [2009] E.C.R. II-B-1-633, paras 68-102 (on medical insurance). See also Case C-485/08 P *Gualtieri v Commission* [2010] E.C.R. I-3009, paras 70-76 (marital status considered relevant factor for determining amount of daily subsistence allowance).

⁹¹ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of the citizen of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, [2004] O.J. L158/77.

⁹² Case T-307/00 *C v Commission* [2003] E.C.R. – SC II-221, paras 48-56.

⁹³ Case C-267/06 *Maruko* [2008] E.C.R. I-1757, and Case C-147/08 *Römer*, judgment of 10 May 2011, not yet reported.

C.D.,⁹⁴ the Court of Justice will be called upon to decide whether the Pregnant Workers Directive 92/85/EEC provides a right to receive maternity leave to an intended mother who has a baby through a surrogacy arrangement, or whether such a right derives from the principle of non-discrimination on grounds of sex as given expression in the Recast Equal Treatment Directive 2006/54/EC. Similarly, in pending case *Z v A*,⁹⁵ the referring court asks whether Directive 2006/54/EC may be interpreted as meaning that there is discrimination on the ground of sex where a woman – whose genetic child has been born through a surrogacy arrangement, and who is responsible for the care of her genetic child from birth – is refused paid leave from employment equivalent to maternity leave and/or adoptive leave. It also asks whether Directive 2000/78/EC may be interpreted as meaning that there is discrimination on the ground of disability where a woman – who suffers from a disability which prevents her from giving birth, whose genetic child has been born through a surrogacy arrangement, and who is responsible for the care of her genetic child from birth – is refused paid leave from employment equivalent to maternity leave and/or adoptive leave.

VIII. Concluding remarks.

In summary, when the Court of Justice is called upon to interpret and, where appropriate, to apply the principle of equal treatment, it embarks on a challenging task. First, the Court of Justice must establish the appropriate comparator. This is not always an obvious thing to do. As *Chatzi*, C.D. and *Z v A* reveal, it may be difficult to establish the group of persons with whom the parents of twins or an intended mother may be compared.

Second, once it has been established that comparable situations are treated differently (or that the same treatment applies to different situations), the Court of Justice must examine whether such a difference in treatment is objectively justified. Where constitutionally prohibited forms of discrimination are

⁹⁴ Case C-167/12 C.D. (pending).

⁹⁵ Case C-363/12 *Z v A* (pending).

involved, no further legislative intervention is required for the Court of Justice to examine the compatibility of such a difference in treatment with EU law. By contrast, where a difference in treatment does not involve those forms but is the result of legislative choices, the ECJ must examine the internal consistency of those choices. It is thus by looking at the rationality of the choices made by the EU or, as the case may be, the national legislator that the Court of Justice will established whether the principle of equal treatment has been infringed.

Third, compliance with the principle of equal treatment requires compliance with the principle of proportionality. As *Bressol* illustrates, this may entail a complex examination of the facts of the case at hand. In the context of the preliminary reference procedure, this means that the role of the Court of Justice is limited to providing a framework of analysis that the national court must apply.

Finally, EU law and national law falling within the scope of that law must be interpreted in light of the principle of equal treatment. Where such interpretation is not possible, the contested EU measure will be annulled or, as the case may be, declared invalid. However, in a private dispute, the setting aside of national law conflicting with a directive may only take place where the principle of equal treatment is *by itself* sufficiently operational and mandatory in nature, i.e. where it gives concrete expression to one of the constitutionally prohibited forms of discrimination.

Принципът на равно третиране и Съдът на Европейския съюз



Кoen ЛЕНАРТС¹
Вицепрезидент на Съда на ЕС
Професор по Право на ЕС в Университета на Льовен

Както отбелязва Бел², еволюцията на принципа на равно третиране в европейския правен ред се регулира от две различни, макар и взаимно обвързани, движещи сили. От една страна принципът на равно третиране, който първоначално функционира като обединяващ механизъм, постепенно надхвърля своя вътрешнопазарен генезис. Понастоящем този принцип не само действа като метод за преодоляване на пречките по повод реализирането на свободното движение на хора, стоки, услуги и капитали, но и прилага съдържанието на равноправието, върху което е изграден ЕС³. За мерки, попадащи в обхвата на Правото на ЕС, принципът забранява

¹ Всички становища изразяват единствено личната позиция на автора.

² M. Bell, "The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening" – in: P. Craig and G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU law*, 2nd Ed. (Oxford, OUP, 2011) 611 et seq.

³ Чл. 2 ДЕС: „Съюзът е построен въз основа на ценности като уважение на човешкото достойнство, свобода, демокрация, равенство, господство на правото и респект към човешките права, включително и към правата на хората от малцинствата. Тези ценности са повсеместни за държавите-членки в общество, в което възтържествува плурализмът, недискриминацията,

дискриминация, основана на пол, раса или етнически произход, религиозни или други схващания, степен на инвалидност, възраст или сексуална ориентация („разширяването на обхвата на принципа на равно третиране“). От друга страна той е дълбоко залегнал в основата на конституционната структура на Съюза. Като главен принцип на Правото на ЕС, неговото съществуване е прокламирано в Хартата на основните права на ЕС („Хартата“)⁴; видян е като една от целите, които Съюзът трябва да преследва.⁴⁵ В допълнение, той прониква в цялата тъкан на Правото на ЕС и произвежда кулминацията в йерархията на нормите на ЕС („задълбочаването на принципа на равно третиране“).

Интерпретацията и приложението на принципа на равно третиране е от първостепенно конституционно значение за Съда на ЕС. Незачитайки този принцип, който е неизменна част от идеята за справедливост, Съдът не би могъл да изпълнява своята мисия по опазването на правното статукво. Поради тази причина Съдът се стреми да гарантира, че в обхвата на Правото на ЕС сравняемите институции не са третирани по различен начин, и че различните ситуации не са третирани по еднакъв начин, освен ако такова отношение е обективно оправдано (забрана за дискриминация)⁶.

Разглеждайки няколко примера, заимствани от съдебната практика на Съда на ЕС, целта на моето изложение е по този начин да предоставя генерален преглед върху най-важните характеристики на принципа на равно третиране.

толерантността, справедливостта, солидарността и равенството между мъже и жени.“

⁴ [2012] ОУ С 326/02. Глава III на Хартата, която манифестира равенството пред закона (чл. 20), недискриминацията (чл. 21), културното, религиозното и езиковото разнообразие (чл. 22), равнопоставеността на половете (чл. 23), правата на детето (чл. 24), правата на възрастните (чл. 25) и интеграцията на хората с увреждания (чл. 26).

⁵ Виж още във връзка с утвърждаване на равенството на половете чл. 3 (3) ДЕС и чл. 157ДФЕС.

⁶ K. Lenaerts and P. Van Nuffel, *European Union Law*, 3rd Ed. (London, Sweet & Maxwell, 2011), Chapter 7, 156 et seq.

***I. Test-Achats*: принципът на равно третиране като основа за разглеждане на вторичното законодателство на ЕС.**

В приложния обхват на Правото на ЕС принципът на равно третиране е обвързващ не само по отношение на държавите-членки и гражданите на ЕС, но също така и по отношение на институциите, които са задължени да не установяват никакви критерии в разрез с него. По този начин, ако вторичното законодателство на ЕС противоречи на принципа, Съдът веднага отменя такъв закон или го признава за недействителен.

В *Test-Achats* сезираният съд се обръща към Съда на ЕС, за да разтълкува дали чл. 5 (2) на Директива 2004/113⁷ е валиден в светлината на принципа на равно третиране на половете. Чл. 5 (1) на Директива 2004/113 осъществява този принцип във връзка с „актюерския фактор“. Той предвижда, че разликите във възнагражденията и облагите, възникващи по повод използването на пола като фактор в изчисляването им, трябва да бъде отменен най-късно до 21.12.2007г. Чрез дерогация чл. 5 (2) на Директива 2004/113 прокламира, че на държавите-членки е позволено да въведат пропорционални разлики в индивидуалните възнаграждения и облаги, където полът е бил решаващ фактор за оценяването на риска, основан на съответна и точна актюерска и статистическа информация⁸.

Ако държава-членка е използвала тази опция преди 21.12.2007г., то решението е трябвало да бъде преразглеждано пет години след тази дата като се вземе предвид доклад на Комисията. В самото начало Съдът на ЕС акцентира, че Директива 2004/113 изрично препраща към чл. 21 и 23 на Хартата. Съответно валидността на чл. 5 (2) на Директива 2004/113 трябва да се определи въз основа на тези две клаузи. Съдът преглежда отново клаузите в Договора, дефини-

⁷ Директива 2004/113 допълва принципа на равно третиране на половете чрез достъпа до и снабдяването със стоки и услуги, [2004] OJ L 373/27.

⁸ Това означава, че вътрешното право би могло да позволи на застрахователните компании да налагат по-високи застрахователни премии за мъжете в съответствие с тези за жените, тъй като при тях статистическите данни показват наличието на по-висок рисков фактор за причиняването на пътно-транспортно произшествие отколкото при жените.

раци принципа на равно третиране на половете като социална цел, която трябва да бъде постигната от ЕС, а именно втората алинея на чл. 3 (3) ДЕС и чл. 8, 19 (1), и 157 (1) ДФЕС. В тази връзка е подчертано, че „в постепенното постигане на това равенство, европейското законодателство е това, което... определя кога то ще предприеме действия, вземайки предвид икономическото и социалното статукво в границите на [ЕС]“⁹. Това означава, че откакто употребата на актюерски фактори, свързани с пола, се е превърнала в масова практика в държавите-членки, то за Съюзния законодател възниква възможността да предвиди подходящия преходен период. Такава всъщност е била обосновката, подкрепяща чл. 5 (1) на Директива 2004/113, обявяваща 21.12.2007г. за краен срок на изпълнението на принципа на равно третиране на половете във връзка с актюерските фактори. За разлика от това, чл. 5 (2) предвиждал дерогация на този принцип, което е било предмет на ограничение, което няма преходен характер. „Имайки предвид, че Директива 2004/113 мълчи относно продължителността на времето, през което тези различия ще продължат да бъдат прилагани“, Съдът на ЕС отбелязва, че „на държавите-членки, които са се възползвали от опцията, им е дадена възможността да позволят на застрахователните агенти да прилагат неравно третиране без да е налице ограничение с преходен характер“¹⁰.

Съветът на ЕС подкрепя валидността на чл. 5 (2) на Директива 2004/113 с аргумент, че в контекста на определени отрасли на частното осигуряване съответните положения при мъже и жени, притежатели на застрахователни полици, не би трябвало да бъдат разглеждани като сравними, имайки предвид статистическите данни, посочващи различните по интензитет рискови фактори при половете. Въпреки това Съдът застъпва различно становище.

⁹ Дело C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats and Others*, решение от 01.03.2011г., още недокладвано, §. 20. Виж в тази връзка К. Lenaerts, „The European Court of Justice and Process-Oriented Review“ (2012) 31 *Yearbook of European Law* 3.

¹⁰ *Ibid.*, § 26

Съгласно Изложения на факти N18 и 19 на Директива 2004/113, последната поддържа приложението на единни правила за възнаграждения и облаги. Съобразно с това „Директива 2004/113 е базирана на условието, че (...) съответните положения при мъже и жени, що се отнася до застрахователни премии и облаги, договорени с тях, са подобни“¹¹.

За Съда на ЕС чл. 5 (2) на Директива 2004/113, „който дава възможност на държавите-членки да поддържат без ограничения с преходен характер изключения от правилото на единните премии и облаги, работи срещу постигането на целта за равно третиране на половете, заявена в Директива 2004/113, и е несъвместим с чл. 21 и 23 на Хартата“¹². Следователно тази клауза е счетена за недействителна заради изтичането на предвидения преходен период, т. е. 21 декември 2012¹³.

II. *Sturgeon*: принципът на равно третиране и принципът на последователно тълкуване

Във връзка с основния принцип на интерпретацията, „акт [на ЕС] трябва да бъде тълкуван доколкото е възможно по такъв начин, че да не накърнява неговата валидност и съответствието му с първичното право като цяло“¹⁴. Това например означава, че всички актове на ЕС трябва да бъдат интерпретирани в съответствие с принципа на равно третиране¹⁵.

В *Sturgeon and Others*, Съдът е сезиран с въпроса дали Регламент N261/2004¹⁶ прибавя право на компенсация на пътниците на авиокомпаниите в случай на забавяне.

¹¹ *Ibid.*, § 30.

¹² *Ibid.*, § 32.

¹³ 21. 12. 2012 г. е датата, на която решението за дерогация на принципа на равно третиране на половете, предвидено в чл. 5 (2) на Директива 2004/113, трябваше да бъде преразгледано от засегнатата държава-членка.

¹⁴ Виж също дело C-149/10 *Chatzi* [2010] E.C.R. I-8489, § 43; дело C-12/11 *McDonagh*, решение от 31. 01. 2013г., все още недокладвано, § 44.

¹⁵ Съединени дела C-402/07 и C-432/07 *Sturgeon and Others* [2009] E.C.R. I-10923, § 48-61. Виж също съединени дела C-581/10 и C-629/10 *Nelson and Others*, решение от 23. 10. 2012 г., все още недокладвано.

¹⁶ Регламент 261/2004 на Европейския парламент и на Съвета от 11.02.2004г., утвърждаващ общи правила по повод компенсация и подпо-

Формулировката на Регламент N261/2004 не създава изрично правото на компенсация за тези пасажери, чиито полети са забавени, за разлика от пасажерите, чиито полети са анулирани (за последните то е изрично предоставено). Възможно ли е това мълчание на законодателя да бъде тълкувано като отхвърляне на компенсацията за тази категория пътници? Съдът на ЕС отговаря отрицателно. Изследвайки поставените цели в Регламент N261/2004, не се наблюдава нито изключване на компенсация за пасажери, чиито полети са били забавени, нито се обявява за неприемлива възможността, за целите на признаването на правото на компенсация, двете категории да бъдат третираны еднакво¹⁷. Съдът на ЕС отбелязва, че в съответствие с основния принцип на интерпретация, „акт [на ЕС] трябва да бъде тълкуван по начин, който да не накърнява неговата валидност“¹⁸. Това е условие за интерпретацията на акта, подчиняващо се на върховенството на нормите на Правото на ЕС, включително и на принципа на равно третиране. Следователно пасажерите, чиито полети са анулирани, и тези, чиито са забавени, обитават сравняеми правни топоси, и Регламент N261/2004 трябва да бъде тълкуван по начин, който изравнява третирането на двете категории. Съдът на ЕС преценява, че и двата вида претърпени вреди се изразяват в загуба на време. В частност, положението на пасажерите, чиито полет е забавен, е сравнимо с това на пасажерите, които при пристигане на летището са информирани за отмяната на техния полет, и които впоследствие са пренасочени, в съответствие с чл. 5 на Регламент N261/2004. Тъй като чл. 5 (1) (в) (iii) предвижда единствено право на компенсация когато анулирането на полет и последващото пренасочване довежда до загуба на време, равна на или по-голяма от три часа, същото трябва да бъде приложено и в случай на забавяне¹⁹. Поради тази причина Съдът на ЕС прие, че с

магане на пасажери в случай на отхвърлен полет и анулиране, или дълго забавяне на полети, отменящо Регламент (ЕИО) N295/91 [2004] OJ L 46/1.

¹⁷ *Sturgeon and Others*, *supra* note 14, § 46.

¹⁸ *Ibid.*, § 47.

¹⁹ *Ibid.*, § 57.

цел Регламент N261/2004 да отговори на принципа на равно третиране, той трябва да бъде интерпретиран така че да гарантира право на компенсация на пасажерите, чиито полети са забавени, и които достигат до крайната си дестинация три или повече часа след първоначално установения час от въздушния превозвач²⁰.

Като резултат Съдът на ЕС припомни, че въздушните превозвачи не са задължени да плащат компенсация в случаите, в които успеят да докажат, че забавянето или отмяната на полета е причинена поради извънредни обстоятелства²¹.

III. *Küçükdeveci*: хоризонталният директен ефект на принципа на недискриминация въз основа на възраст

Съдът на ЕС е постановил, че някои клаузи на Договора могат да произведат едновременно вертикален и хоризонтален ефект. Такъв пример е заложен в делото по повод сво-

²⁰ Методът, следван от генералния адвокат Шарпстън, е различен. Тя се съгласи със Съда на ЕС признавайки, че ако беше изключена компенсация за пасажери, чиито полети са забавени, тогава би било невъзможно съгласуването между Регламент N261/2004 и принципа за равно третиране. Въпреки това, за разлика от Съда, генералният адвокат не предвиди определен времеви лимит, след изтичането на който пасажерите със забавен полет придобиват правото на компенсация. Според нея „действителният избор на магическа фигура е законодателно правомощие“. Виж мнението на генералния адвокат Шарпстън в *Sturgeon and Others*, горе 14, § 93-94. Тук Съдът разгърна друг аргумент с цел да противостои на това „сепаратистско“ възражение. Той се позова на Изложение 15 от преамбюла на Регламент N261/2004 където „законодателната власт (...) свързва понятието за „голямо закъснение“ с правото на компенсация“. По този начин Съдът не се намеси в привилегиите на Съюзния законодател, а се ограничи до разясняването на законодателното предпочитание, вече съществуващо в Регламент N261/2004, а именно състоящо се в разликата между „закъснение“ (по-малко от три часа) и „голямо закъснение“ (равняващо се на три или повече часа). Докато последното поражда компенсация, първото – не. Виж *Sturgeon and Others*, горе 14, § 62.

²¹ *Sturgeon and Others*, горе 14, § 67 (извънредните обстоятелства са дефинирани като такива, които „са отвъд реалния контрол на въздушния превозвач“).

бодното движение на работници²². Същото е приложимо във връзка с принципа на недискриминация въз основа на пола като критерий за възнаграждение²³.

В *Küçükdeveci* Съдът постановява, че принципът на недискриминация въз основа на възраст може също така да произведе и хоризонтален директен ефект²⁴. В това дело националният съд сезира Съда с въпроса дали параграф 622 от Германския граждански кодекс (ГГК), предвиждащ срокове за предупреждение за уволнение, които биват удължавани постепенно с продължителността на службата, но който параграф пренебрегва работния стаж до 25-годишна възраст, съответства на Правото на ЕС, а именно на Директива 2000/78, или на основния принцип на недискриминация въз основа на възраст. Националният съд също отправя запитване относно това дали този генерален принцип може да бъде приложен, за да бъде отхвърлен Параграф 622 ГГК в частен спор. Съдът отбелязва, че предполагаемото дискриминационно третиране настъпва след изтичането на периода, предназначен за транспонирането на Директива 2000/78. Той също проследява, че параграф 622 ГГК попада в приложното поле на Директивата, вземайки предвид, че срокът на предизвестие е състояние на уволнение, предвидено в чл. 3 (1) (в) на Директива 2000/78.

Тъй като обжалваната норма попада в приложното поле на Директивата, то последната има „ефект на привеждане в рамките на изпълнение на Правото [на ЕС] [параграф 622 ГГК]“²⁵. В по-нататъшните си наблюдения Съдът открива, че, съгласно параграф 622 ГГК, служители, които подписват трудов договор преди да са навършили 25 години, се ползват от по-кратък срок на предизвестие, за разлика от тези, започнали работа в по-късна възраст. Следователно първата категория служители се третира по-неблагоприятно, единствено

²² Дело C-281/98 *Angonese* [2000] E.C.R. I-4139, § 30-36

²³ Дело 43/75 *Defrenne* [1976] E.C.R. 455.

²⁴ Дело C-555/07 *Küçükdeveci* [2010] E.C.R. I-365.

²⁵ *Ibid.*, § 25.

въз основа на тяхната възраст²⁶. Съдът на ЕС постановява, че такова неравноправие не може да бъде оправдано, тъй като обжалваната норма представлява несъответен отговор на принципа на пропорционалност, имайки предвид съответното удължаване на срока на предизвестие паралелно със старшинството на служителя и съответното му съкращаване при встъпване в длъжност преди 25-годишна възраст, дори ако засегнатият субект има дългогодишен стаж до момента на освобождаването му.

Обективно съществува противоречие между параграф 622 ГГК и принципа на недискриминация въз основа на възраст, така, както е изразен в Директива 2000/78. Поради тази причина Съдът на ЕС е сезиран да прецени дали клаузата да бъде отхвърлена. След като припомня, че една директива не би могла да продуцира хоризонтален директен ефект²⁷, той отбелязва, че вътрешното право не може да бъде интерпретирано „в смисъла на формулировката и предназначението на въпросната директива“²⁸, тъй като тази опция се изключва от националния съд²⁹. Позовавайки се на предишното си постановление по делото *Mangold*³⁰, Съдът потвърждава, че „Директива 2000/78 единствено дава израз, но не установява принципа на равно третиране въз основа на служба и професия, и потвърждава, че принципът на недискриминация, базиран на възраст, е главен принцип на Правото [на ЕС], изискващ специфично прилагане на основния принцип на равно третиране“³¹. В ключовия пасаж на решението, което налага

²⁶ *Ibid.*, § 31.

²⁷ *Ibid.*, § 46 (цитирайки дело 152/84 *Marshall* [1986] E.C.R. 723, § 48; дело C-91/92 *Faccini Dori* [1994] E.C.R. I-3325, § 20; и съединени дела C-397/01 и C-403/01 *Pfeiffer and Others* [2004] E.C.R. I-8835, § 108).

²⁸ *Küçükdeveci*, горе 23, § 48 (препращайки към дело 14/83 *von Colson and Kamann* [1984] E.C.R. 1891, § 26; дело C-106/89 *Marleasing* [1990] E.C.R. I-4135, § 8; *Faccini Dori*, горе 26, § 26; дело C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie* [1997] E.C.R. I-7411, § 40; *Pfeiffer and Others*, горе 26, § 110; и съединени дела C-378/07 и C-380/07 *Angelidaki and Others* [2009] E.C.R. I-3071, § 106.).

²⁹ *Küçükdeveci*, горе 23, § 49.

³⁰ Дело C-144/04 *Mangold* [2005] E.C.R. I-9981, § 74 до 76.

³¹ *Küçükdeveci*, горе 23, § 50.

пълно цитиране, Съдът на ЕС постановява: „При тези обстоятелства, за националния съд, разглеждайки спора по повод принципа на недискриминация въз основа на възраст, изразен в Директива 2000/78, възниква задължение да предостави в рамките на своята компетентност правната защита, която произтича за физическите лица от Правото [на ЕС], също както и да осигури пълната ефективност на това право, дори ако това изисква неприлагането на вътрешноправна норма, противоречаща на този принцип.“³²

Преди Съдът на ЕС да постанови своето решение по делото *Kücükdeveci*, няколко възражения са били отправяни срещу хоризонталното прилагане на основни принципи на Правото на ЕС. Така например генералният адвокат Руис-Харабо Коломер, във второто си заключение по делото *Pfeiffer*, подкрепя хоризонталния директен ефект на директивите с оглед на това те да отхвърлят несъвместими национални правила³³, впоследствие обсъждано в делото *Michaeler*, изразяващо се в твърдението, че хоризонталното приложение на основни принципи на Правото на ЕС би „превърнало (...) типични актове [на ЕС] в опразнени от съдържание норми, които лесно биха могли да бъдат заменени с основните принципи“³⁴. Така също генералният адвокат Кокот изказва мнение по делото *Kofoed*, застъпващо идеята, че страните не би трябвало да имат възможността да се упоават на основен принцип на Правото на ЕС когато последният се прилага със специфичен ефект и е изразен по конкретен начин в директива. Но имайки предвид, че съдържанието на основните принципи е „не съвсем ясно и конкретно“, генералният адвокат смята, че за положения, попадащи в обхвата на директива, „[в противен случай] би имало опасност (...) за съгласуваните цели на ди-

³² *Ibid.*, § 51.

³³ Заключение на генералния адвокат Руис-Харабо Коломер от 06.05.2004г. по делото *Pfeiffer and Others*, горе 26.

³⁴ Заключение на генералния адвокат Руис-Харабо Коломер в съединени дела C-55 и 56/07 *Michaeler and Others* [2008] E.C.R. I-3135, § 20-22.

рективата (...) да бъдат отслабени, и правната сигурност (...), която трябва да бъде постигната, би била застрашена“³⁵.

В контекста на Директива 2000/78, генералният адвокат Мазак отбелязва по делото *Palacios de la Villa*, че, ако основните принципи на ЕС могат да се използват независимо от изпълнителната власт на Съюза, не само ще бъде застрашена правната сигурност – задължение, непредвидено във вътрешното право, би било наложено на определени субекти – но и вертикалното, и хоризонталното разпределение на компетентност, предвидено в чл. 19 ДФЕС, също би било нарушено³⁶.

Вертикалното разпределение на правомощия би било заплашено, тъй като методът на единодушие, залегнал в тази клауза, защитава компетенциите на държавите-членки. Хоризонталното разпределение на компетентност би било накърнено поради това, че прилагането на основните принципи на Правото на ЕС между частни субекти е изложено на риска поради безсмисленото изпълняване на решението на Съвета да се приеме, че при Съюзното законодателство липсва хоризонтален директен ефект³⁷. В по-нататъшния развой на събитията, в делото *Dominguez*, генералният адвокат Трстеняк изразява критиката си относно подхода, следван от Съда в делото *Küçükdeveci*³⁸. В този смисъл тя смята, че такъв подход

³⁵ Заключение на генералния адвокат Кокот по дело C-321/05 *Kofoed* [2007] E.C.R. I-5795, § 67.

³⁶ Заключение на генералния адвокат Мазак по дело C-411/05 *Palacios de la Villa* [2007] E.C.R. I-8531, § 133-138.

³⁷ *Ibid.*, § 138 (чл. 19 ДФЕС прокламира, че Съветът „може да предприема подходящи действия, за да се противопостави на дискриминацията“. От това следва, че на Съвета е оставена преценката дали такова действие изисква приемането на регламент или директива). Същото твърдение е било разгърнато от Съда с цел да се отрече хоризонталният директен ефект на директивите в делото *Faccini Dori*, горе 26. Там се поддържа тезата, че „ефектът от разширяването на съдебната практика до сферата на частните отношения би била, за да се припознае властта [на ЕС] да въвежда задължения за физическите лица с директен ефект, вземайки предвид, че тук той е овластен само доколкото приема регламенти“. *Ibid.*, § 24.

³⁸ Заключение на генералния адвокат Трстеняк по дело C-282/10 *Dominguez*, решение от 24.01.2012г., все още недокладвано.

би могъл да продуцира „необратима „осификация“, т.е. закостеняване на съдържанието на нормата [уредена в Директива 2000/78]. Като резултат от обединяването на все повече и повече законодателно съдържание от директива в обхвата на защита на основен принцип, законодателната власт би била лишена от възможността да осъществява изменения в директивата, особено защото по този начин такова съдържание би било издигнато до правното положение на първично право, върху което не би могло да се въздейства“³⁹.

В *Kücükdeveci* генералният адвокат Бот твърди, че хоризонталното приложение на основния принцип на недискриминация въз основа на възраст не влиза в противоречие с властта на Съюзния законодател. Той постулира, че нормативният критерий за измерване на съответствието между вътрешното и Съюзното право остава приложимата директива, а не основният принцип, залегнал в нея⁴⁰. Само в по-късен етап този принцип може да стане релевантен, и то в ситуацията на оценяване на изводите, произтичащи от факта на несъответствие между вътрешноправна норма и директива. При изследването на това дали вътрешноправна норма е дискриминираща, Съдът на ЕС ограничава себе си до тълкуване на Директива 2000/78. В частност се взема под внимание ограничението или дерогацията на принципа на равно третиране, въведено от Съюзния законодател. Следователно предложението на генералния адвокат е този двустепенен анализ да не се отразява на приоритета, отреден на законодателството на ЕС.

Видно е, че Прешал се съгласява с генералния адвокат Бот. Тя подкрепя твърдението, че една директива, манифестираща основен принцип, трябва да спомага за, а не да ограничава, „приложението и изпълнението на този принцип“⁴¹. Съобразно с това, като санкция, наложена за нарушение от страна на държава-членка, вътрешноправните норми, про-

³⁹ *Ibid.*, § 157.

⁴⁰ Заключение на генералния адвокат Бот по делото *Kücükdeveci*, горе 23, § 34.

⁴¹ S. Prechal, “Competence Creep and General Principles of Law” (2010) 3 *Review of European Administrative Law* 5, at 18-19.

тиворечащи на директивата, трябва да бъдат игнорирани. С цел да се запази вертикалното и хоризонталното разпределение на правомощията, предвидено в Договора, тя отбелязва, че не само основният принцип трябва да бъде „оперативен“ – т.е. да съдържа стандарти, управляеми по съдебен ред, – но също така Съдът трябва да следва „много стриктно буквата на директивата, (...) оставащ почти напълно в обхвата на предвиденото от законодателя“. Тъкмо това е което Съдът направи в *Mangold* и *Kücükdeveci*. На първо място принципът на равенство „често като такъв е оперативен“⁴². На второ място Съдът на ЕС се придържа към условията в директивата⁴³.

Като допълнение, както твърдя и другаде⁴⁴, тези възражения изглежда, че пренебрегват факта, че принципите на Правото на ЕС са видени като такива с „конституционно правно положение“. Следвайки тази нормативна йерархия, дали основен принцип произвежда хоризонтален директен ефект е решение, което се взема на основание първичното право. Такова решение не попада нито в компетенцията на Съюзния законодател, нито в тази на държавите-членки. Би било необходимо изменение в Договора, за да може политическият процес да се намеси тук. Делата *Defrenne*⁴⁵ и *Angonese*⁴⁶ онагледяват тази теза.

По първото дело Съдът на ЕС постановява, че основният принцип на равно възнаграждение за еднакъв труд – обоснован в предишен чл. 141 ДЕО (сегашен чл. 157 ДФЕС) – може да произведе хоризонтален директен ефект. След подробно проучване на целта, същността и мястото на принципа на равно възнаграждение за равностоен труд в системата на Договора, Съдът потвърждава, че принципът е „задължителен по своята

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ K. Lenaerts and J. A. Gutiérrez-Fons, “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law” (2010) 47 *Common Market Law Review* 1629, at 1647 et seq.

⁴⁵ *Defrenne*, горе 22.

⁴⁶ *Angonese*, горе 21.

същност“, и съобразно с това е приложим за държавните органи и за физическите лица по един и същ начин⁴⁷.

Контрастирайки на това, Директива 75/117⁴⁸, целяща подобряване на правната защита на служители, потърпевши от неравно възнаграждение заради полова дискриминация, не просто е неподходяща да определи дали принципът на равно възнаграждение за равностоен труд би могъл да произведе хоризонтален директен ефект, но Съдът в действителност потвърждава, че по никакъв начин Директива 75/117 не би могла да редуцира ефективността и времевия обхват на дискутирания принцип⁴⁹. По подобен начин относно делото *Angonese*, Съдът на ЕС отбелязва, че Регламент N1612/68⁵⁰, който привежда в изпълнение принципа на свободно движение на работна сила така, както е предвиден той в предишен чл. 39 ДЕО (сегашен чл. 45 ДФЕС), не е приложим относно конкурс за длъжност, организиран от частна банка. Това обстоятелство не пречи на принципа на свободно движение на работна сила – специфично приложение на основния принцип на недискриминация въз основа на националност – да продуцира хоризонтален директен ефект. Съдът мотивира своето решение по делото *Defrenne* като такова, което би могло *a fortiori* да се прилага по отношение на свободното движение на работна сила, тъй като и двата принципа са „задължителни по своята същност“ и целят да се противопоставят на дискриминацията на пазара на труда, макар и базирани на различни основания⁵¹. Би ли могло решението по делото *Defrenne*, в сферата на обществената законност, да подкрепи хоризонталното приложение на други „конституционни категории“ на принципа на недискриминация, които са „за-

⁴⁷ *Defrenne*, горе 22, § 39.

⁴⁸ OJ [1975] L 45/19.

⁴⁹ *Defrenne*, горе 22, § 60. Виж също дело 96/80 *Jenkins* [1981] E.C.R. 911, § 22 (твърдейки, че Директива 75/117 не може да изменя съдържанието или обхвата на този основен принцип); дело C-17/05 *Cadman* [2006] E.C.R. I-9583, § 29.

⁵⁰ OJ [1968] Spec. Ed. Séries I-475.

⁵¹ *Angonese*, горе 21, § 34-35.

дължителни по своята същност“, но не са заложи в клауза на Договора? В тази връзка би могло да се твърди, че, за да се запази хоризонталното и вертикалното разпределение на правомощия, единствено тези основни принципи на Правото на ЕС, които са заложи в клауза на Договора, могат да произведат хоризонтален директен ефект. Казано по друг начин, при липса на клауза на Договора не би могло да се осъществи позоваване на решението по делото *Defrenne*. И въпреки това този аргумент не звучи напълно убедително. Един задълбочен прочит на делото разкрива, че формулировката на предишен чл. 141 ДЕО не изпълнява главна роля в обосновката на Съда на ЕС⁵². Съдът не се фокусира върху това дали тази клауза на Договора е достатъчно прецизна, за да произведе директен ефект, предпочитайки вместо това да „идентифицира и изолира“ основния принцип на равно възнаграждение за равностоеен труд⁵³.

Постановявайки решението си по делото *Defrenne*, Съдът на ЕС отчита преимущественото положение на Съюзния законодател и това на държавите-членки, признавайки на принципа на равно възнаграждение за равностоеен труд хоризонтално приложение. В този смисъл Съдът очертава разлика между ситуациите, в които „чисто правният анализ“ се удовлетворява с това да разкрие съществуването на полово дискриминация, от комплицираните ситуации, в които таква съществуване не би могло да бъде установено, освен ако не бъдат предприети законодателни мерки⁵⁴. Докато по отношение на първия тип ситуации Съдът на ЕС е в състояние да поддържа тезата, че основният принцип на равно възнаграждение за равностоеен труд произвежда хоризонтален директен ефект, то във втория тип ситуации той не е. Следовател-

⁵² Съдът на ЕС отбелязва например, че макар бъдейки официално адресиран до държавите-членки чл. 141 ДЕО, това обстоятелство не изключва „права да бъдат предоставяни на физически лица“, които целят да приведат в сила задълженията, изписани вътре. *Ibid.*, § 31.

⁵³ P. Craig and G. De Búrca, *EU Law: text, cases and materials*, 4th edn (Oxford, OUP, 2007) 276-277.

⁵⁴ *Defrenne*, горе 22, § 19-22.

но, доколкото това разграничение е спазено, вертикалното и хоризонталното разпределение на правомощия не може да бъде смущавано от хоризонталното приложение на основен принцип. Това е така независимо дали основният принцип е обоснован в клауза на Договора.

Именно в този смисъл Съдът на ЕС потвърждава в делото *Küçükdeveci*, че основният принцип на недискриминация въз основа на възраст, сега заложен в чл. 21 на Хартата, трябва да бъде прилаган хоризонтално в трудово правоотношение, намиращо се в обхвата на Директива 2000/78⁵⁵.

IV. Bressol: принципът на равно третиране и европейското гражданство

Всеки гражданин на Съюза има правото да не бъде дискриминиран въз основа на национална принадлежност във всички ситуации, попадащи „в обхвата на приложното поле на Договорите“. Такива положения са изразяващите се в упражняването на основните свободи, гарантирани от Договорите, както и отнасящите се до упражняване правото на гражданите да се преместват и да пребивават на територията на ЕС (виж чл. 21 ДФЕС [предишен чл. 18 ДЕО])⁵⁶. Съобразно с това, едно лице може да се позовава на клаузи на Договорите, ако той или тя, бидейки гражданин на държава-членка и следователно гражданин на ЕС, законно пребивава на територията на друга държава-членка⁵⁷. Чл. 18 ДФЕС допълва, че там където член на семейството на гражданин на Съюза се е възползвал от правото си на свободно придвижване (за разлика от самия гражданин), това довежда до неравно третиране⁵⁸.

⁵⁵ *Küçükdeveci*, горе 23, § 50-55.

⁵⁶ Виж К. Lenaerts and P. Van Nuffel, горе 5, 161, § 7-055.

⁵⁷ Дело С-85/96 *Martinez Sala* [1998] E.C.R. I-2691, § 61. Законното пребиваване на територията на друга държава-членка е достатъчно. Не е необходимо гражданът в действителност да се е преместил от една държава-членка в друга: виж дело С-148/02 *Garcia Avello* [2003] E.C.R. I-11613, § 13 и 27; дело С-200/02 *Zhu and Chen* [2004] E.C.R. I-9925, § 23.

⁵⁸ Дело С-403/03 *Schempp* [2005] E.C.R. I-6421, § 22-25.

Упражняването на основното право на свободно придвижване дава възможност на гражданите на Съюза да изискват равно третиране в широк пространствен диапазон⁵⁹. Така например Съдът на ЕС прилага чл. 18 ДФЕС по повод клаузите, регулиращи достъпа до образование. Следователно възниква противоречие с принципа на равно третиране относно това държава-членка да предостави свободен достъп до висше образование на постоянно пребиваващите в нея студенти, прилагайки същевременно принципа *numerus clausus* за студенти, идващи от други държави-членки. Постановлението на Съда по делото *Bressol* илюстрира този казус⁶⁰.

В това дело Съдът е бил сезиран от Белгийския конституционен съд да изследва съвместимостта между декрета на френскоговорящата общност („Декретът от 2006 г.“) – регулиращ броя на студенти в определени програми през първите две години от висшето им образование – и клаузите в Договора, касаещи европейското гражданство. Системата на висшето образование на френскоговорящата общност е базирана на свободния достъп, т.е. не са предвидени приемни изпити. Въпреки това, в последните години френски студенти, провалили се на приемните изпити във Франция, са допускани до университетите на френскоговорящата общност. Силно нарасналият брой на обучаващите се, по-специално в медицинските и парамедицинските направления, провокирал органите на френскоговорящата общност да изразят опасение, че, вземайки предвид бюджетния, човешкия и материалния ресурс, наличен за образователните институции, такъв наплив от студенти би застрашил качеството на обучение – и поради същността на разглежданите програми – общественото здраве. Във връзка с девет медицински и парамедицински програми⁶¹, френскоговорящата общност приема Декрета от

⁵⁹ Виж К. Lenaerts and P. Van Nuffel, *op.cit.* 5, 162, § 7-055. Виж също К. Lenaerts, “European Union Citizenship, National Welfare Systems and Social Solidarity” (2011) 18 *Jurisprudencija* 397.

⁶⁰ Дело C-73/08 *Bressol and Others* [2010] E.C.R. I-2735.

⁶¹ Тези девет програми били: бакалавър по физиотерапия и рехабилитация; бакалавър по ветеринарна медицина; бакалавър по акушерство; ба-

2006 г., с който предвижда принципа *numerus clausus* за приемане на чуждестранни студенти, избрани чрез теглене на жребий, докато постоянно пребиваващите студенти продължават да се ползват от свободен достъп до оспорваните специалности. „По съществуващото си „резидентите“ [били] лица, които едновременно [имали] основно местожителство в Белгия и право на постоянно местопребиваване в Белгия“⁶².

Броят на чуждестранните студенти в тези курсове не би могъл да надвишава 30%-ния праг. Господин Бресол и други студенти, повечето от тях френски граждани, предявили иск пред Белгийския конституционен съд, оспорващ конституционността на Декрета от 2006г. Те представили като факт нарушаването на принципа на равенство чрез третирането на местни и чуждестранни студенти по различен начин без основателна причина.

Още в самото начало Съдът подчертава, че Правото на ЕС не накърнява вътрешното право на държавите-членки да организират своите образователни системи и професионална подготовка. Всяка държава-членка е свободна да избере система, базирана на свободен достъп, или такава, която да предвижда *numerus clausus* за студенти. Изискването е да отговаря на Правото на ЕС, по-специално на клаузите от Договора, касаещи европейското гражданство⁶³. В последващите си действия, Съдът проследява, че Декретът от 2006г. излага непребиваващите постоянно студенти в неизгодна позиция по отношение на местните студенти, доколкото само последните продължават да се ползват от свободен достъп до всяка една от деветте споменати по-горе медицински или парамедицински специалности. Тъй като условието за пребиваване е по-лесно изпълнимо за белгийски граждани, отколкото за студенти от други националности, Декретът от

калавър по трудова терапия; бакалавър по логопедична терапия; бакалавър по подиатрия и педикюр; бакалавър по физиотерапия; бакалавър по аудиология; педагог, специализиран в психо-образователно консултиране.

⁶² Заключение на генералния адвокат Шарпстън по делото *Bressol and Others*, горе 59, § 25.

⁶³ *Bressol and Others*, горе 59, § 28-29.

2006 г. създава различие в третирането, индиректно базирано на националност⁶⁴.

По отношение на основателността на Декрета от 2006г., Белгийското правителство твърди, че той е целял да се противопостави на прекомерната тежест, предизвиквана от чуждестранните студенти, възникваща при финансирането на висшето им образование. Отбелязвайки, че финансирането на висшето образование не зависи от общия брой студенти, а се основава на системата на „запечатания плик“, Съдът на ЕС отхвърля обосновката⁶⁵.

В допълнение, Белгийското правителство изхожда от презумпцията, че Декретът от 2006г. е целял да подsigури качеството и непрекъснатостта на медицинска и парамедицинска помощ във френскоговорящата общност, и подкрепя твърдението, че големият брой чуждестранни студенти бил предпоставка за намаляване качеството на обучение в медицинските и парамедицинските специалности, които изискват значително количество часове за практическа подготовка. Аналогично, тези големи числа биха могли да произведат недостиг на квалифициран медицински персонал на територията, което би разклатило системата на общественото здраве във френскоговорящата общност, вземайки предвид тенденцията, че, след завършване на своето обучение, чуждестранните студенти се завръщат в своите държави, за да упражняват професията там, докато броят на местните специалисти остава твърде малък в някои области⁶⁶.

Съдът на ЕС признава за основателни аргументите по повод на общественото здраве, изтъкнати от Белгийското правителство. Въпреки това той осигурява подробен алгоритъм за анализ, който сезираният съд трябва да проследи с цел да определи дали съществува истински риск относно закрилата на общественото здраве и следователно дали Декретът от 2006г. отговаря на Правото на ЕС.

⁶⁴ *Ibid.*, § 46.

⁶⁵ *Ibid.*, § 50.

⁶⁶ *Ibid.*, § 58.

При измерването на тези рискове, националният съд трябва да вземе под внимание „факта, че връзката между подготовката на бъдещите здравни специалисти и целта по поддържането на балансирано висококачествено медицинско обслужване, отворено за всички, е само индиректна, и казуалното взаимоотношение е не така безспорно установено, както в случая връзката между целта на общественото здраве и дейността на здравните специалисти, които вече присъстват на пазара“⁶⁷. На второ място, Съдът на ЕС отбелязва, че докато на заинтересованата държава-членка не се налага да изчаква рисковете относно закрилата на общественото здраве да се материализират, тя, въпреки това, трябва да покаже, че тези рискове обективно съществуват. Съдът също така твърди, че за всяка една от специалностите, изброени в Декрета от 2006 г., предприятият анализ от страна на националния съд трябва да установи максималния брой студенти, които могат да бъдат подготвяни на ниво, съответстващо на желаните стандарти за качество на обучението, също както и броя на дипломираните, необходим, за да се осигури адекватно здравно-обществено обслужване. Определяйки тези числа, анализът не би трябвало да се фокусира върху едната или другата група студенти, а трябва да вземе предвид броя на чуждестранните студенти, които се прехвърлят да работят в друга държава-членка, различна от Белгия, и броя на здравните работници, които биха дошли да работят в Белгия.

Колкото до пропорционалността на обжалвания акт, Съдът постановява, че националната юрисдикция трябва да потвърди дали системата *numerus clausus*, касаеща чуждестранните студенти, наистина би могла да доведе до увеличаване на броя на дипломираните, готови да обезпечат бъдещото наличие на здравно-обществено обслужване на територията на френскоговорящата общност. Относно необходимостта от мярката, Съдът разпорежда, че за сезирания съд остава преценката дали е необходимо въвеждането на по-малко рестриктивни мерки, поощряващи студенти, обучаващи се във

⁶⁷ *Ibid.*, § 69.

френскоговорящата общност, да се установят там. Също така Съдът на ЕС заставя националния съд да се произнесе по въпроса дали системата на подбор на чуждестранни студенти (основана повече на шанс, отколкото на заслуга) е необходима за постигане на преследваните цели⁶⁸.

V. Chatzi, Audiolux и NCC Construction Danmark: конституционно забранени основания за дискриминация и връзката със съюзния законодател.

За определянето и изпълнението на своите политики и действия, ЕС трябва да цели противопоставяне на дискриминацията въз основа на пол, раса или етнически произход, религия или убеждения, увреждания, възраст или сексуална ориентация (чл. 10 ДФЕС)⁶⁹. Чрез чл. 19 ДФЕС [предишен чл. 13 ДЕО], въведен с Договора от Амстердам, Съветът, като действа с единодушие, следвайки специална законодателна процедура, и след одобрение от Европейския парламент, може да предприеме подходящи действия в границите на правомощията, предоставени на ЕС от Договорите, за да се противопостави на дискриминация, базирана на тези причини. Съобразно с това, Съветът е приел директиви, забраняващи дискриминация въз основа на раса или етнически произход⁷⁰, и обща рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите⁷¹. Целта на втората директива е да се

⁶⁸ За приложението на този алгоритъм за анализ от Белгийския конституционен съд, виж К. Lenaerts, "How the ECJ thinks: A Study on Judicial Legitimacy" (2013) 36 *Fordham International Law Journal* (предстоящо).

⁶⁹ В допълнение, чл. 9 ДЕС оповестява основния принцип на равенство между гражданите на Съюза пред Съюзните институции, органи, служби и агенции (принцип на демократично равенство).

⁷⁰ Директива 2000/43/ЕС на Съвета от 29.06.2000г., осъществяваща принципа на равно третиране между хората, независимо от тяхната раса или етнически произход, [2000] OJ L 180/22.

⁷¹ Директива 2000/78/ЕС на Съвета от 27.11.2000г. за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите, [2000] OJ L 303/16. Виж също Решение N 1672/2006/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 24.10.2006г. за въвеждане на Общностна програма за заетост и социална солидарност – прогрес, [2006] OJ L 315/1.

бори с всяка форма на дискриминация въз основа на религия или убеждения, увреждания, възраст или сексуална ориентация по отношение на заетостта и професиите⁷².

Договорът от Ница дава възможност на Европейския парламент и на Съвета да приемат по обикновената законодателна процедура основните принципи на мерките за стимулиране на Съюза, с изключение на хармонизиране на законовите и подзаконовите разпоредби на държавите-членки за подкрепа на действията по осъществяването на целите по недискриминация (чл. 19 (2) ДФЕС)⁷³. Когато едно лице е засегнато от дискриминация във от този контекст, на базата на уточнен (или друг) критерий, тя или той би могъл да предяви иск, базиран на основния принцип на равно третиране, освен, доколкото Правото на ЕС е засегнато, нейният или неговият казус няма връзка с Правото на ЕС⁷⁴.

В делото *Chatzi*⁷⁵ националният съд сезира Съда на ЕС с въпроса дали точка 2.1 от Рамковото споразумение за родителски отпуск⁷⁶ би могла да бъде интерпретирана в смисъл, че раждането на близнаци дава право на периоди на родителски отпуск, равни на броя на родените деца, или трябва да бъде тълкувана в смисъл, че тяхното раждане дава право, както раждането на едно дете, на само един родителски отпуск. След внимателното изследване на формулировката и интерпретирането на точка 2.1 буквално, телеологично и кон-

⁷² Виж К. Lenaerts and P. Van Nuffel, *горе* 5, 167, § 7-059.

⁷³ Виж Програма за действие на Общността за насърчаване на организации, активни на европейско ниво, в сферата на равноправието между мъже и жени, създадена въз основа на Решение N 848/2004/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 29.04.2004г., [2004] L 157 (преиздадена с поправка: [2004] L 195/7).

⁷⁴ Виж К. Lenaerts and P. Van Nuffel, *горе* 5, 168 и 169, § 7-059.

⁷⁵ *Chatzi*, *горе* 13.

⁷⁶ Рамковото споразумение за родителски отпуск, сключено между Съюза на конфедерациите на индустриалците и на работодателите в Европа (UNICE), Европейския център на предприятията с държавно участие (СЕЕР) и Европейската конфедерация на профсъюзите (ETUC), [1996] OJ L 145/4, както е изменено с Директива 97/75/ЕС на Съвета от 15.12.1997г., [1998] OJ L 10/24.

текстуално, Съдът заключава, че тази клауза не потвърждава правото на определен брой периоди на родителски отпуск, равен на броя на родените деца, като автоматично признавано в момента на раждането на близнаци⁷⁷. В последващите си твърдения, Съдът се произнася, че точка 2.1 трябва да бъде тълкувана в светлината на принципа на равно третиране. В тази връзка той отбелязва, че е трудно да се дефинира група от лица, с която родителите на близнаци да бъдат сравнявани. „Въпреки че не може да бъде отречено, че задачата по отглеждането на близнаци изисква по-големи усилия, и следователно не може да се сравнява с тази по отглеждането на едно дете, то също не би могъл да се игнорира фактът, че близнаците растат и се развиват в синергия, и следователно мисията по отглеждането им не е необходимо подобна на тази по отглеждането на две деца в различни възрасти“⁷⁸. На базата на това Съдът постановява, че „прочетена в светлината на принципа на равно третиране, тази точка задължава националното законодателство да установи режим на родителски отпуск, който, в зависимост от ситуацията, съществуваща в заинтересованата държава-членка, осигурява на родителите на близнаци третиране, вземащо под внимание техните специфични нужди“⁷⁹.

В допълнение, от делата *Audiolux*⁸⁰ и *NCC Construction Danmark*⁸¹ следва, че на Съюзния законодател (или, където е подходящо, на националното законодателство) се вменява задължението за определяне на критерии, въз основа на които разграничение между отделните случаи не би могло да бъде

⁷⁷ *Chatzi*, горе 13, § 61.

⁷⁸ *Ibid.*, § 67.

⁷⁹ *Ibid.*, § 75.

⁸⁰ Дело C-101/08 *Audiolux and Others* [2009] E.C.R. I-9823 (постановяващо, че предполагаемият принцип на равно третиране на миноритарните акционери не може да бъде признат за основен принцип на Правото на ЕС).

⁸¹ Дело C-174/08 *NCC Construction Danmark* [2009] E.C.R. I-10567 (приема, че основният принцип на равенство, тълкуван в контекста на общата система на ДДС, поставя единственото изискване за Дания да третира подобните икономически оператори еднакво).

законно обосновано. Както решението по делото *Mangold* показва, на основния принцип на равенство би могло да става позоваване без допълнителна законодателна намеса във връзка с конституционно забранените форми на дискриминация (например въз основа на националност, пол, възраст). Диференциацията между конституционно забранените форми на дискриминация и други набори от обстоятелства, изискващи законодателна намеса, е положително развитие. От тук следва, че отвъд конституционно забранените форми на дискриминация, на основния принцип на равно третиране не би могло да има позоваване при замяната на законодателния подбор. В противен случай Съдът на ЕС би рискувал да бъде въввлечен в един политически спор въз основа на собствената си концепция за преразпределително правосъдие. Това не означава, обаче, че основният принцип на равенство се ограничава до защитата на конституционни положения. Както делото *NCC Construction Danmark* показва – когато законодателна преценка е включена, този принцип се намесва на покъсен етап: като *ex post* оценка на вътрешната съгласуваност на изборите, правени от законодателството⁸².

VI. *Kamberaj*: принципът на равно третиране и гражданите на трети страни

Съдът на ЕС пояснява, че чл. 18 ДФЕС не забранява различията в третирането между граждани на държави-членки и граждани на трети страни. По делото *Vatsouras*, той постановява, че „[чл. 18 ДФЕС] засяга положения, произлизащи от обхвата на Правото [на ЕС], в които гражданин на една държава-членка страда от дискриминационно третиране във връзка с граждани на друга държава-членка единствено на базата на нейната/неговата националност, и не е предназначен да се прилага за случаите, при които възниква възможна

⁸² За подробен анализ на тези две решения, виж К. Lenaerts and J. A. Gutiérrez-Fons, *op. cit.* 43, 1660 и сл.

разлика в третирането на граждани на държави-членки и такива на трети страни“⁸³.

Съюзният законодател отива отвъд вторичното законодателство, целящо да гарантира, че държавите-членки не третират дискриминационно дългосрочно пребиваващи граждани на трети страни⁸⁴. Чл. 11 на Директива 2003/109⁸⁵ изброява областите, в които такова третиране трябва да бъде гарантирано на тези лица⁸⁶. Той също така описва и положенията, по отношение на които държавите-членки могат да въвеждат

⁸³ Съединени дела C-22/08 и C-23/08 *Vatsouras and Koupatantze* [2009] E.C.R. I-4585, § 52.

⁸⁴ Съществените условия, за да може гражданин на трета страна да бъде квалифициран като дългосрочно пребиваващ, са: законно и непрекъснато пребиваване за пет години, наличност на достатъчно средства, и здравна осигуровка.

⁸⁵ Директива 2003/109/ЕС на Съвета от 25.11.2003г., касаеща правното положение на граждани на трети страни, които са дългосрочно пребиваващи, [2004] OJ L 16/44.

⁸⁶ Чл. 11 (1) на Директива 2003/109 както следва:

„1. Дългосрочно пребиваващият се ползва от равноправно третиране с гражданите на държавата-членка по отношение на:

а) условията за достъп до работа по трудови правоотношения и работа на свободна практика, при условие, че тези дейности не са, дори временно, свързани с упражняването на публична власт, както и условията на заетост и работа, включително условията на освобождаване от работа и заплащане;

б) образованието и професионалната квалификация, включително осигуровки, стипендии за обучение, съгласно националното законодателство;

в) признаването на дипломи, удостоверения и други професионални квалификации, съгласно приложимите национални процедури;

г) социалното осигуряване, социалното подпомагане и социалната закрила, така, както са дефинирани в националното законодателство;

д) данъчните облекчения;

е) достъпа до стоки и услуги, и предлагането на разположение на обществото на стоки и услуги, както и достъпа до процедурите за отпускане на жилище;

ж) свободата на съюзяване, сдружаване и членство в организация на трудещите се или на работодателите, или всяка друга професионална организация, включително предимствата, които те предлагат, без да се засягат националните разпоредби в областта на обществения ред и обществената сигурност;

ограничения на принципа⁸⁷. В делото *Kamberaj*⁸⁸ Съдът е сезиран да тълкува принципа на равно третиране, така, както е изразен в Директивата.

В това дело националният съд отправя запитване дали държава-членка би могла да дискриминира граждани на трети страни, които са дългосрочно пребиваващи на територията ѝ, във връзка с надбавките за жилищни нужди (за конкретния случай, това се изразява в помощ по изплащането на наема за наематели с ниски доходи). Чл. 11 (1) (г) на Директива 2003/109 предвижда, че дългосрочно пребиваващите трябва да се ползват от равноправно третиране с гражданите на държавата, що се отнася до „социално осигуряване, социално

з) свободния достъп до цялата територия на съответната държава-членка, в границите, предвидени от националното законодателство по съображения за сигурност.“

⁸⁷ Чл. 11 (2), 11 (3), 11 (4) и 11 (5) на Директива 2003/19 както следва:

„2. Относно параграф 1, букви б), г), д), е) и ж), съответната държава-членка може да сведе равноправното третиране до случаите, в които мястото на регистрирано или обичайно пребиваване на дългосрочно пребиваващия, или на членовете на неговото семейство, за придобиването на което той претендира, е на територията на държавата-членка.

3. Държавата-членка може да ограничи третирането наравно със своите граждани в следните случаи:

а) държавата-членка може да запази ограничения по отношение достъпа до работа на трудови правоотношения или работа на свободна практика, когато, съгласно нейното национално законодателство или действащото Право на Общността, тези дейности са запазени за нейните граждани, гражданите на Европейския съюз или Европейското икономическо пространство;

б) за предоставяне на достъп до образование или професионално обучение държавите-членки могат да изискат доказателство за съответно владение на езика. Достъпът до висше образование е подчинен на предварителни специални условия в областта на образованието.

4. В областта на социалното подпомагане държавите-членки могат да сведат равноправното третиране до основните придобивки.

5. Държавите-членки могат да решат предоставянето на достъп до допълнителни придобивки в областите, посочени в параграф 1.

Държавите-членки могат също така да решат да предоставят равноправно третиране в областите, покрити от параграф 1.“

⁸⁸ Дело С-571/10 *Kamberaj*, решение от 24.04.2012г., все още недокладвано.

подпомагане и социална закрила“. Клаузата, обаче, посочва, че тези понятия са „дефинирани от вътрешното право“. Тъй като Съюзният законодател изисква да се зачитат различията между държавите-членки, понятията „социално осигуряване“, „социална закрила“ и „социално подпомагане“ са определяни от вътрешното право – предмет, уреден в съответствие с Правото на ЕС. От тук следва, че националният съд трябва да прецени дали въпросът за жилищните облаги попада в периметъра на Директива 2003/109, вземайки предвид както целта на интеграцията, преследвана от тази директива, така и клаузите в Хартата. В допълнение, чл. 11 (4) на Директивата твърди, че „държавите-членки могат да ограничават равното третиране, касаещо социалното подпомагане и социалната закрила, до основните придобивки“. Логично възниква въпросът дали докато съответната държава-членка разглежда казуса по причисляването на надбавките за жилищни нужди към системата ѝ за социално подпомагане, тези облаги биха могли да бъдат квалифицирани като „основни придобивки“. В този смисъл Съдът на ЕС постановява, че доколкото Директива 2003/109 не включва изчерпателен списък на основните придобивки, то не би могло да се отхвърли твърдението, че съответните надбавки за жилищни нужди попадат в тази концепция, по отношение на която принципът на равно третиране трябва да бъде приложен. Дефинирайки облагите, принадлежащи към сърцевината на социалното подпомагане, държавата-членка трябва да вземе под внимание целта, следвана от Директива 2003/109, а именно тази по интеграцията на граждани на трети страни, които пребивават законно и без прекъсване на територията ѝ. Концепцията за основните ползи трябва също да бъде интерпретирана в съответствие с принципите, залегнали в Хартата, които разпознават и уважават правото на социално и жилищно осигуряване, по начин че да осигурят достойно съществуване на всяко лице, на което липсват достатъчно ресурси.

VII. Еволюция и бъдещи предизвикателства: еднополови бракове и биоетика

Досега съдилищата на ЕС са отнасяли до държавите-членки, и, в зависимост от случая, до Съюзния законодател, въпроса дали женените двойки и еднополовите партньори трябва да бъдат третирани еднакво. Съдилищата се позовавали на правомощието на законодателя да взема обществени решения, свързани с измерването на такава дискриминация⁸⁹.

Съдът на ЕС не е приемал, че положението при официален брак е подобно на това при еднополовите партньорства или бракове, признати от някои държави-членки. Въпреки това, съдебната практика се разширява. Според най-скорошния Правилник за длъжностните лица, представителите на ЕС в небрачни отношения, признати от държавата-членка като участници в стабилно партньорство, макар тяхното право на законен брак да не е гарантирано, трябва да бъдат осигурени със същите облаги, както тези за брачните двойки⁹⁰. За някои облаги това се разпростира и до други форми на небрачни отношения, признати от държава-членка⁹¹. Съвременното Съюзно законодателство дори допълва правото на европейските граждани и техните семейства да се преместват и да пребивават свободно на територията на друга държава-членка, включвайки в дефиницията за „член на семейство“ т.нар. „регистриран партньор“, ако законодателството на приемащата държава-членка третира регистрираното брачно партньорство като еквивалент на брака⁹². Противостоящо на принципа на равно третиране за институциите на ЕС е и това да се отпусне надбавка за децата на длъжностно лице,

⁸⁹ Виж К. Lenaerts and P. Van Nuffel, *rope* 5, 170, § 7-060.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Виж дело T-58/08 P *Roodhuijzen* [2009] E.C.R. II-B-1-633, § 68-102 (за медицинска издръжка). Виж също дело C-485/08 P *Gualtieri v Commission* [2010] E.C.R. I-3009, par. 70-76 (семеино положение като релевантен фактор за определяне на дневни пари).

⁹² Директива 2004/38/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 29.04.2004г. за правото на гражданин на Съюза и членовете на семейството му/й да се преместват и да пребивават свободно на територията на държавите-членки, [2004] OJ L 158/77.

които са изгубили своя втори родител, в зависимост от факта дали двойката е била сключила брак⁹³.

Съдът на ЕС постановява, че доколкото вътрешното право разглежда брачните двойки и еднополовите партньорства по еднакъв начин, то всяко едно дискриминационно третиране, свързано с извличане на облаги от работно правоотношение, е в противоречие с принципа за недискриминация въз основа на сексуална ориентация, така, както е заложен той в Директива 2000/78⁹⁴. Така например, ако двата вида обвързаности са разположени на едно ниво от националното право, вътрешна мярка, ограничаваща обезщетенията за преживелия партньор по силата на задължителна пенсионна схема, би накръпила принципа на равно третиране.

Приложението на принципа на равно третиране по въпроси, свързани с биоетиката, би могло да представлява трудна задача за Съда на ЕС в близко бъдеще. Например по висящото дело *C.D.*⁹⁵, Съдът е призван да прецени дали Директива 92/85/ЕИО предоставя правото да получи отпуск поради майчинство жена, чието дете е родено вследствие на сключен договор за прилагане на сурогатно майчинство, или такова право се извежда от принципа на недискриминация въз основа на пол, заложен в (преработената) Директива за равно третиране 2006/54/ЕО. Подобен е казусът във висящото дело *Z v A*⁹⁶, в което националният съд отправя запитване дали Директива 2006/54/ЕО би могла да бъде тълкувана в смисъл, че възниква дискриминация въз основа на пол когато на жена, чието генетично дете е родено вследствие на сключен договор за прилагане на сурогатно майчинство, и която носи отговорност за грижата за това дете от раждането му, е отказан платен отпуск, еквивалентен на отпуск поради майчинство, и/или отпуск поради осиновяване. Съдът на ЕС е сезиран и с въпроса дали Директива 2000/78/ЕО би могла да бъде интер-

⁹³ Дело T-307/00 *C v Commission* [2003] E.C.R. – SC II-221, § 48-56.

⁹⁴ Дело C-267/06 *Maruko* [2008] E.C.R. I-1757, и дело C-147/08 *Römer*, решение от 10.05.2011г., все още недокладвано.

⁹⁵ Дело C-167/12 *C.D.* (висящо).

⁹⁶ Дело C-363/12 *Z v A* (висящо).

претирана в смисъл, че се проявява дискриминационно третиране въз основа на увреждане когато на жена, която страда от инвалидност, ограничаваща възможността ѝ да роди, чието генетично дете е родено вследствие на сключен договор за прилагане на сурогатно майчинство, и която е отговорна за грижите за това дете от раждането му, е отказан платен отпуск, еквивалентен на отпуск поради майчинство, и/или такъв поради осиновяване.

Заклучителни бележки.

В заключение, когато Съдът на ЕС е сезиран да тълкува (и, в уместен случай, да прилага) принципа на равно третиране, това представлява истинско предизвикателство. Първата стъпка пред него се изразява в установяване на подходяща база за сравнение, която не винаги е лесно определима. Делата *Chatzi, C.D.* и *Z v A* разкриват, че би могло да бъде трудно фиксирането на група лица, с която бъдещата майка или родителите на близнаци да бъдат уподобявани.

Веднъж установено, че сравнимите ситуации са третиранни различно (или че еднакво третиране е прилагано при различни ситуации), Съдът на ЕС трябва да изследва дали такава разлика е обективно оправдана. Когато са използвани конституционно забранени форми на дискриминация, от Съда не се изисква последваща законодателна намеса, за да установи съвместимостта на това неравно третиране с Правото на ЕС.

В случаите, в които неравното третиране не включва тези форми, а е резултат от избора на законодателя, Съдът трябва да изследва вътрешната съгласуваност на този избор. Това става ясно, разглеждайки рационалността на избора, правен от ЕС, или от националния законодател, във връзка с установяване волята на Съда в случаите, в които принципът на равно третиране е бил нарушен.

Съответствието с принципа на равно третиране изисква съответствие с принципа на пропорционалност. Както решението по делото *Bressol* показва, това би могло да доведе до комплексно изследване на фактите от разглежданото дело. В контекста на преюдициалната процедура, това означава, че

ролята на Съда е ограничена до осигуряване на алгоритъм за анализ, който националният съд трябва да приложи. Правото на ЕС и вътрешното право, попадащо в неговия обхват, трябва да бъдат интерпретирани в светлината на принципа на равно третиране. В случаите, в които такова тълкуване е невъзможно, оспорената Съюзна мярка се отменя или се прогласява за недействителна. Въпреки това, в частен случай, отмяната на национален закон, който противоречи на директива, може да стане само когато принципът на равно третиране е *сам по себе си* достатъчно оперативен и задължителен по същността си, т.е. когато е предоставен конкретен израз на някоя от конституционно забранените форми на дискриминация.

**Égalité de traitement et mobilité des sociétés
dans l'Union européenne :
Valeurs communes et concurrence des systèmes
juridiques**

Laurence POTVIN-SOLIS¹

Professeure de droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie

Faculté de droit et de sciences politiques

*Institut de Recherches sur les Droits Fondamentaux et les
Évolutions du Droit*

SOMMAIRE

**I. L'égalité dans la mobilité face au système de valeurs propre
à chaque État**

A. La médiatisation du champ de l'égalité

1. Le rattachement de la société au droit d'un État membre
2. Les conditions nationales de reconnaissance et de déplacement des sociétés

B. L'effectivité contrariée de la mobilité

1. Les développements jurisprudentiels du droit à la mobilité
2. L'effet contrasté du droit au traitement national

**II. La rencontre entre systèmes de valeurs dans la portée de
la mobilité**

A. L'égalité par les progrès d'un cadre réglementaire commun

1. La coordination et le rapprochement des droits nationaux des sociétés
2. Le développement de formes européennes pour la mobilité des sociétés

¹ Laurence POTVIN-SOLIS est aussi Directrice de la Collection « Colloques Jean Monnet » aux éditions Bruylant et Responsable de la Commission « Collectivités territoriales et Union européenne » du GRALE (Groupement de Recherches sur l'Administration Locale en Europe, Université de Paris I-CNRS).

B. La liaison entre valeurs nationales et européennes aux limites de la mobilité

1. Les valeurs nationales face à l'interprétation stricte des activités exclues de la mobilité

2. Les échelles de valeurs dans l'appréciation des motifs légitimes de dérogation à la mobilité

Introduction*

La mobilité des sociétés et de leurs activités prend appui en droit de l'Union européenne sur la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Ces libertés permettent aux personnes physiques et morales de mener une activité stable et continue dans un État membre et de développer des services transfrontaliers. La Cour de justice de l'Union a reconnu l'effet direct de ces deux libertés² qui permet d'en invoquer le bénéfice devant les juridictions nationales. Elles sont formulées par le droit primaire de l'Union au profit de bénéficiaires identiques et dans des termes similaires. Elles impliquent l'interdiction de toute restriction entre les États membres et se réalisent par le bénéfice du droit au traitement national. Selon l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites ». Selon l'article 56 du TFUE, « les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ».

Il s'agit de libertés fondamentales du marché intérieur. Elles sont comprises dans la liberté professionnelle garantie par l'article 15-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union³ et dans la liberté d'entreprendre visée par son article 16⁴. Elles doivent être rapportées au principe général d'égalité et de non-discrimination

* Cet article représente une version remaniée et actualisée de notre étude parue au sein des actes (pp. 131-163) du colloque organisé par l'Université de Lorraine et l'Université Asia de Tokyo, *Économie de marché, droits et libertés et valeurs communes en Europe et en Asie*, L. POTVIN-SOLIS et H. UEDA, (dir.), publié avec le soutien du FEDER en 2012, 224 p.

² CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, Aff. 2/74, *Rec.*, 631 (pour le droit d'établissement) et CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, Aff. 33/74, *Rec.*, 1299 (pour la libre prestation de services).

³ Selon lequel « tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre ».

⁴ Selon lequel, « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

tel qu'il est affirmé dans le traité sur l'Union européenne (en premier lieu dans les articles 2, 3 et 9 du TUE), le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (au sens des articles 18 et 19 du TFUE) et les articles 20 et 21 de la Charte, ainsi qu'à la liberté de circulation des personnes placée au centre de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice à l'article 3-1 du TUE et dans l'article 45-1 de la Charte au bénéfice des citoyens de l'Union⁵. Le principe général d'égalité et de non-discrimination⁶ compte au nombre des valeurs communes visées à l'article 2 du TUE⁷ et est décliné dans différents objectifs de l'Union expressément posés avec une portée transversale par le droit primaire et reprenant plusieurs de ses expressions. Il constitue un principe général fondamental, qualifié de « principe de droit constitutionnel » dans la jurisprudence de la Cour⁸. Il importe dès lors de se demander si le droit au traitement

⁵ Selon lequel, « tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ».

⁶ K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, p. 3; Sean VAN RAEPENBUSCH, « Les multiples expressions du principe de l'égalité de traitement dans la jurisprudence récente de la CJCE relative aux personnes », *Mélanges en l'honneur de Ph. LÉGER, Le DROIT à la mesure de l'HOMME*, Pedone, 2006, p. 299 ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, 555 p. ; D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lecture d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p.; RAE, 2009-2010-2, *Le droit des discriminations en Europe: Contributions pour une construction en cours*; L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Septièmes Journées Jean Monnet, Bruylant 2010, Collection « Colloques Jean Monnet », 700 p.

⁷ Selon l'article 2 du TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

⁸ CJCE, 18 janvier 2001, *Commission c/Italie*, C-162/99, *Rec.*, I-541, pt 23, cité par S. GERVASONI, « Principe d'égalité et principe de non-discrimination: quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice », *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, op. cit., p. 92.

national et l'interdiction des entraves à la mobilité professionnelle des sociétés dans l'Union européenne assure une garantie effective de la mobilité sur le territoire de l'Union face à la diversité des droits nationaux des sociétés attachés à un système de droit et de valeurs propre à chaque État membre et composante essentielle de leur identité nationale, y compris dans sa dimension régionale et locale, protégée par l'article 4 du TUE⁹.

La mobilité des sociétés dans l'Union européenne peut prendre la forme d'un établissement principal dans un autre État membre ou peut se réaliser par le développement d'établissements secondaires, en vertu de l'article 49 du TFUE, selon lequel l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement « s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un autre État membre ». Elle met en présence des intérêts divergents et appelle un rapprochement des droits nationaux des sociétés qui diffèrent d'un État membre à l'autre. Pour être effec-

⁹ Sur les rapports d'identités entre l'Union et ses États membres, notamment: F. BENOÎT-ROHMER, « Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit ? », *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUÉ, D.*, 2010, p. 63; VI. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie? », *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Ph. MANIN, A. Pedone*, 2010, p. 79 ; C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: flash-back sur le coming-out d'un concept ambigu », *mêmes Mélanges*, p. 145 ; J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits, Mélanges précités*, p. 145; J.-D. MOUTON et J.-Ch. BARBATO (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne?: Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, 2010, 332 p.; A. SAIZ ARNAIZ et C. ALCOBERRO LLIVINA (dir.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Law & Cosmopolitan Values, Volume 4, Intersentia 2013, 338 p. (voir aussi les références bibliographiques citées dans notre étude, « Valeurs communes et citoyenneté européenne: des progrès pour l'identité de l'Union européenne devant la Cour de justice ? », *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, L. POTVIN-SOLIS, (dir.), en cours de parution aux éditions Bruylant, Collection « Colloques Jean Monnet »).

tive, elle implique une rencontre entre les valeurs qui innervent chacun de ces droits et qui peuvent être à l'origine de contraintes, plus ou moins fortes selon les États, à surmonter pour l'exercice de la liberté d'établissement des sociétés sur leur territoire. On peut alors se demander dans quelle mesure et dans quelles limites la teneur des valeurs communes aux États membres peut se développer dans sa dimension transnationale et inspirer les progrès d'un droit des sociétés propre à l'Union et à même de garantir une égalité effective dans la mobilité et respectueuse de ces valeurs¹⁰.

Le droit d'établissement et la libre prestation de services ont été consacrés par le traité de Rome dès 1957 comme des libertés professionnelles fondamentales du marché européen et ont fait l'objet de réglementations sectorielles spécifiques à certains secteurs d'activité (financier et bancaire, assurances, transports, santé, communications électroniques...). Ces libertés sont essentielles au bon fonctionnement et au développement du marché intérieur. L'objectif du marché intérieur¹¹ mêle en son sein des valeurs de mobilité, de croissance et de progrès social, ce qui apparaît clairement dans le concept « d'économie sociale de marché hautement compétitive » inscrit dans l'article 3 du TUE depuis le traité de Lisbonne. L'établissement du marché intérieur doit donc être rapporté aux progrès de l'Union dans le domaine social ainsi qu'au développement de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice qui étend le cadre d'approche de la problématique des valeurs de l'Union et en modifie les termes¹². La conciliation entre ces intérêts

¹⁰ Sur les principes fondateurs et les valeurs communes de l'Union, notamment: J. RIDEAU, « Sources non écrites du droit de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe traité*, fasc. 191; même auteur, « Les valeurs de l'Union européenne », *RAE*, 2012, p. 329.

¹¹ Selon l'article 3-3 du traité sur l'Union européenne (TUE): « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ».

¹² Selon l'article 3-2 du TUE: « L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures » et selon l'article 67-1 du TFUE, « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice

économiques et non économiques s'inscrit dans un processus de développement du droit de l'Union qui dépasse l'intégration économique et les libertés de circulation des personnes, des marchandises, des services et des entreprises sur le marché et participe au processus de fédéralisation de l'Union et aux progrès de l'intérêt général commun aux États membres. Elle est fonction de la répartition des compétences entre l'Union et ses États, et doit intégrer dans la définition et l'équilibre des termes en présence le respect de la diversité et de l'identité des États. Concernant la mobilité des sociétés, elle pose la question de l'avènement d'un droit européen des sociétés, de la délimitation de son champ d'application et du degré de rapprochement et d'harmonisation des législations nationales qu'il peut comporter. Car, c'est bien le maintien de celles-ci dans leur diversité qui est posé comme principe par les traités européens et non l'objectif d'un droit des sociétés qui serait unifié entre les États membres et dont relèverait la mobilité des sociétés sur le territoire de l'Union.

L'exercice par les sociétés de leur droit à la mobilité sur le territoire de l'Union européenne est conditionné, à la différence de la liberté de circulation des personnes, par de fortes contraintes nationales qui tiennent à la diversité des droits nationaux des sociétés. Le droit d'établissement se réalise concrètement par la médiation des différentes législations nationales qui déterminent dans chaque État membre les différentes formes juridiques des sociétés ainsi que les modalités de leur constitution, de leur reconnaissance dans l'ordre juridique national, du transfert de leur siège et des opérations de scissions et fusions d'entreprises. Ainsi, la mise en œuvre effective de cette liberté au bénéfice des personnes morales exige une mise en rapport des droits nationaux des sociétés, marqués par des sources d'inspiration différentes et une importante disparité. Le droit de l'Union tend à encadrer toujours davantage cette diversité nationale, par la voie de la coordination et du rapprochement entre les législations nationales qui peuvent être sources d'obstacles insurmontables pour

dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».

l'exercice de la mobilité transnationale des sociétés, car il n'existe pas de règle européenne à même de concilier les différents systèmes nationaux.

Si le droit de l'Union ne se substitue pas aux droits nationaux des sociétés, maintenus dans leur diversité, ses exigences à l'égard des États membres ont été étendues par l'effet du droit élaboré par les institutions de l'Union et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, qui apporte une contribution substantielle aux termes de la problématique des valeurs qui domine la mise en œuvre effective de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services des sociétés sur le territoire de l'Union. Face à la disparité et à la concurrence entre les législations nationales, qui s'inscrivent dans chaque système juridique national animé par son propre système de valeurs et qui constituent un enjeu de taille pour l'égalité (I), la mobilité transnationale des sociétés connaît des progrès en droit de l'Union. Ces progrès doivent en intégrer la dimension sociale et la garantie voire les avancées des droits sociaux fondamentaux dans l'Union. Ils témoignent de certaines progressions dans la teneur matérielle des valeurs communes aux États membres par une rencontre obligée entre systèmes de valeurs, dans la conciliation des intérêts qui gouvernent la portée de cette mobilité (II).

I. L'égalité dans la mobilité face au système de valeurs propre à chaque État

Le traité assimile, pour le bénéfice du droit d'établissement, les personnes morales aux personnes physiques. La liberté d'établissement se réalise pour une personne physique par le droit de déplacer son activité vers un autre État membre, en quittant son État d'origine et en s'installant dans l'État d'accueil. Les États ne peuvent entraver ce droit¹³. Cette liberté est exercée de façon

¹³ Comme en témoigne par exemple l'arrêt de la Cour de justice du 11 mars 2004, *Lasteyrie du Saillant*, Aff. 9/02, Rec., I-02409, à propos d'une « exit tax » instaurée par l'État français.

moins immédiate pour les sociétés dont l'existence et les conditions de la mobilité dépendent du droit national de leur État de rattachement. Or, il existe une importante disparité entre les droits nationaux des sociétés, tant sur les formes juridiques des sociétés que sur les conditions de leur reconnaissance et de leur transformation. Et cette diversité est reçue par le droit primaire lui-même puisque selon le premier alinéa de l'article 54 TFUE, seules « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres ». Le principe d'assimilation des personnes morales aux personnes physiques s'applique dans les mêmes termes pour la libre prestation de services qui, selon le premier alinéa de l'article 56 TFUE, doit être assurée par les États « à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ». Ainsi, la confrontation et le rapprochement entre les législations nationales concernent tant l'identification des sociétés bénéficiaires des libertés d'établissement et de la libre prestation de services que la définition de l'étendue des droits qui en résultent. Le maintien de la compétence des États et de la diversité des législations nationales est animé par le souci de respecter le système de valeur propre à chaque droit national des sociétés. Il doit être combiné au droit à la mobilité des sociétés sur le territoire de l'Union qui a pour effet de mettre en concurrence ces droits nationaux, facteurs de médiatisation du champ de l'égalité dans la mobilité (A) et qui trouve dans l'existence d'une forte disparité entre eux, un obstacle majeur à la mise en œuvre effective de cette mobilité (B).

A. La médiatisation du champ de l'égalité

Les exigences d'une constitution de la société en conformité à la législation d'un État membre et d'une localisation sur le territoire de l'Union conditionnent le bénéfice de la liberté d'établissement et seules les sociétés entretenant un lien avec l'économie d'un État membre peuvent user de la liberté d'établissement secondaire. Le

droit à la mobilité d'une société d'un État à l'autre tient donc au rattachement de celle-ci à un droit national dans lequel elle doit avoir été régulièrement constituée (1), et dépend des conditions nationales de reconnaissance de son existence dans l'État membre d'accueil, et de la législation nationale qui régit les transferts de siège, les fusions et les scissions d'entreprises (2). Ces législations s'imposent même lorsque ces opérations présentent une dimension transfrontalière et conditionnent le maintien de la personnalité juridique de la société. Ainsi, le bénéfice et la portée de la liberté d'établissement passent par des conditions nationales qui relèvent de la compétence des États et varient d'un État à l'autre, exprimant la tradition juridique de chacun d'eux.

1. Le rattachement de la société au droit d'un État membre

Comme l'observe la Cour dans l'arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail*¹⁴, « contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement ». Le traité ne fait pas mention de la nationalité des sociétés mais l'induit en reconnaissant à celles-ci le bénéfice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services par assimilation aux ressortissants des États membres, personnes physiques détenant la nationalité d'un État membre. Pour la liberté d'établissement secondaire, la société doit entretenir « un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre »¹⁵. Comme l'observe Christian Gavalda et Gilbert Parleani, « cette formule est certes imprécise : c'est plus que l'incorporation, et c'est moins que le siège social réel. Il suffit d'un courant d'affaires réel et sérieux (même s'il est minoritaire dans l'activité de la société). On doit tenir compte du chiffre d'affaires, de sa permanence, des investissements. Mais il

¹⁴ Aff. 81/87, *Rec.*, 548.

¹⁵ *Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement*, 18 décembre 1961, *Journal officiel* n° 002 du 15/01/1962 p. 0036-0045.

ne s'agit en aucun cas du contrôle ou de la nationalité des dirigeants ou des associés »¹⁶.

La condition d'une constitution en conformité à la législation d'un État membre s'apprécie donc en fonction du droit national, en vertu duquel la société s'est constituée et qui régit son statut. Il importe aussi de se tourner vers le droit de l'État d'accueil, car en dépendent les modalités de la reconnaissance des sociétés et des personnes morales sur son territoire. Comme le relève la Cour de justice, c'est à chaque État membre qu'il revient de définir « le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement » et « cette faculté englobe la possibilité, pour cet État membre, de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'État membre de constitution »¹⁷.

Car il n'existe pas de système général de reconnaissance des sociétés et personnes morales dans l'Union et différents critères de rattachement sont mis en œuvre par les droits nationaux et varient d'un État à l'autre : le critère du siège social ou statutaire, le critère du siège réel, quand il diffère du siège statutaire et le critère de l'incorporation. Comme l'observent Reinhard Dammann et Michel Menjucq, « depuis longtemps, deux conceptions radicalement opposées existent s'agissant de la loi applicable aux sociétés » avec entre elles, une « conception intermédiaire » : certains États membres de l'Union européenne, tels que le Royaume-Uni, les Pays-Bas ou l'Italie, pratiquent le système de l'incorporation : celui-ci « ne prend en considération qu'un lien purement formel résultant de l'immatriculation, aussi appelée « incorporation », de la société sur un registre. En ce cas, le critère de rattachement de la loi est le siège social tel qu'il est désigné dans les statuts et corroboré par l'immatriculation : le rattachement à la loi d'un

¹⁶ *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec/LexisNexis, 2010, p. 153.

¹⁷ CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, Aff. C-210/06, *Rec.*, I-9641.

État membre s'effectue donc par le siège statutaire ou « registered office ». Le lieu de la direction effective de la société autrement qualifié de siège réel ou « head office » n'est en aucune façon considéré, ce qui interdit toute caractérisation de fraude dans le choix par les fondateurs du lieu de constitution de leur société : ce système fait la plus grande place à la volonté des fondateurs puisque l'incorporation est totalement déconnectée de la localisation matérielle du siège de la société » ; d'autres États, notamment l'Allemagne, appliquent « la théorie du siège réel qui impose que la société soit constituée dans l'État où se situe son siège réel. Un élément matériel doit donc conforter l'élément formel de l'immatriculation sur un registre, le rattachement de la société ne résultant pas de la seule volonté des fondateurs. À défaut de conjonction de l'élément formel et de l'élément matériel, la société n'est pas valablement constituée. Ce système ne détermine pas seulement une règle de conflit mais, au-delà, une véritable règle de reconnaissance de la validité de la société » ; enfin, un système intermédiaire est appliqué, comme en France. Pour la reconnaissance de la constitution des sociétés, hormis le cas particulier des sociétés anonymes, le siège statutaire suffit, « sauf si un tiers se prévaut d'une autre localisation du siège réel ou si cette localisation démontrait une fraude : sous ces deux exceptions, le siège statutaire est donc le facteur de rattachement de principe »¹⁸.

La coexistence de critères de rattachement différents permet à chaque État de protéger de façon propre les valeurs poursuivies par sa législation mais peut heurter de front la mobilité transnationale des sociétés, car elle peut entraîner un refus de reconnaissance par un État d'une société pourtant valablement constituée dans un autre État membre. Ainsi, la portée de la liberté d'établissement sera plus ou moins effective selon le système retenu par

¹⁸ R. DAMMANN et M. MENJUCQ, « L'Union devrait ranger parmi ses priorités l'unification des règles de droit international privé concernant les sociétés commerciales », *Rapport au Ministère de la justice*, N. LENOIR, *La societas europaea ou SE. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La Documentation française, 2007, p. 292. Voir aussi : M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Thèse, Paris, LGDJ 1997, n°131 et *Droit international et européen des sociétés*, Collection Domat, droit privé, Montchrestien, 2011, 598 p.

l'État. En effet, les États qui appliquent la théorie du siège réel imposent que le centre effectif de décision soit localisé sur leur territoire pour admettre une constitution conforme à leur droit national. Cela contrarie la mobilité qui implique la possibilité de dissocier le siège social du centre effectif de décision. La mobilité est au contraire facilitée dans les États qui pratiquent le critère dit de l'incorporation, car la société peut alors être légalement constituée dans cet État alors même que son centre de décision et son activité réelle se développent dans d'autres États membres.

Comme pour les modalités de constitution d'une société, ce sont les États qui définissent les conditions de transfert de siège d'une société hors de leur territoire. Dans l'arrêt, *Daily Mail*¹⁹, la Cour de justice était saisie d'une contestation du refus qu'avait opposé le Trésor public britannique à la société *Daily Mail* qui, pour des raisons fiscales, souhaitait transférer son siège réel aux Pays-Bas tout en continuant de relever du droit britannique. La Cour souligne que « le traité a tenu compte de la disparité entre les législations nationales », « a mis sur le même pied le siège statuaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien de rattachement » et « a prévu la conclusion, en tant que de besoin, de conventions entre les États membres en vue d'assurer, notamment, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays. Or, il convient de constater qu'aucune convention conclue dans ce domaine n'est à ce jour entrée en vigueur ». Ainsi, l'autorisation du Trésor requise par le droit britannique pour le transfert du siège social aux Pays-Bas d'une société de droit britannique, avec maintien de sa personnalité juridique, fait partie des exigences que peut comporter le rattachement au droit national d'un État membre et est une conséquence de la compétence des États et de la diversité des législations nationales. Les États peuvent donc fixer de telles conditions pour le maintien de la personnalité juridique des sociétés qui leur sont rattachées.

Le traité instituant la Communauté européenne (TCE) prévoyait l'adoption entre les États de conventions relatives « à la

¹⁹ Aff. 81/87, précité.

reconnaissance mutuelle des sociétés, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes ». La convention de la Haye sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères avait été adoptée le 1^{er} juin 1956 mais n'a pas obtenu le nombre de ratifications nécessaires pour son entrée en vigueur et il en a été de même pour la convention de Bruxelles du 29 février 1968, sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des autres personnes morales. L'absence de convergence de vues entre les États explique que les conventions adoptées pour définir des critères de rattachement communs n'aient pas obtenu le nombre de ratifications requises. Le traité de Lisbonne a abrogé l'article 293 du TCE qui prévoyait ces négociations entre les États membres pour l'adoption de telles conventions.

2. Les conditions nationales de reconnaissance et de déplacement des sociétés

La jurisprudence de la Cour de justice encadre les exigences nationales en matière de reconnaissance mutuelle des personnes morales. Selon l'arrêt du 5 novembre 2002, *Überseering*²⁰, le bénéfice de la liberté d'établissement, revêtu d'un effet direct, n'est pas conditionné par l'adoption d'une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et l'existence d'une société est déterminée par la seule législation en vertu de laquelle cette société s'est constituée. La société *Überseering* contestait l'impossibilité qui lui était opposée d'agir en justice pour la défense de ses droits tirés d'un contrat de maîtrise d'œuvre passé avec une autre société avec laquelle elle était entrée en litige concernant des vices dans les travaux d'exécution commandés. La Cour juge dans cet arrêt qu'une mesure par laquelle un État dénie la capacité juridique et celle d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre État membre où elle a son siège statutaire « équi-

²⁰ Aff. C-208/00, *Rec.*, I-9919, au sujet de la reconnaissance de la capacité d'ester en justice d'une société après transfert de son siège. Voir aussi : CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Aff. C-167/01, *Rec.*, I-10155.

vaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés » par le traité. Ainsi : « Lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre État membre », ce dernier doit « respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son État de constitution ». Il en résulte que la société *Überseering* pouvait invoquer la liberté d'établissement pour faire valoir sa personnalité juridique et user de ses attributs. La Cour écarte l'argument du gouvernement allemand selon lequel la société aurait transféré son siège effectif en Allemagne à la suite de l'acquisition de la totalité des parts sociales par deux ressortissants allemands résidant en Allemagne, et aurait donc du, pour pouvoir ester en justice sur le territoire allemand, se reconstituer selon le droit allemand. Elle y voit une restriction à la liberté d'établissement contraire aux règles du traité : « *Überseering*, légalement constituée aux Pays-Bas et y disposant de son siège statutaire, tire des articles 43 CE et 48 CE (devenus les articles 49 et 54 TFUE) le droit d'exercer sa liberté d'établissement en Allemagne en tant que société de droit néerlandais. Il importe peu, à cet égard, que, postérieurement à la constitution de cette société, l'intégralité de son capital ait été acquise par des ressortissants allemands résidant en Allemagne dès lors que cette circonstance ne paraît pas lui avoir fait perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique néerlandais. Mieux, son existence même est consubstantielle à sa qualité de société de droit néerlandais, dans la mesure où, ainsi qu'il a été rappelé, une société n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement (...). L'exigence de reconstitution de la même société en Allemagne équivaut, dès lors, à la négation même de la liberté d'établissement »²¹.

Dans l'arrêt du 13 décembre 2005, *SEVIC System*²², la Cour considère comme entrant dans le champ d'application de la liberté d'établissement, les opérations de transformation d'une

²¹ Points 80 et 81, Aff. C-208/00, *Rec.*, I-09912.

²² Aff. C-411/03, *Rec.*, I-10805.

société par fusion et qualifie d'entrave à cette liberté une législation allemande qui réservait l'immatriculation en Allemagne aux seules sociétés issues d'une fusion entre sociétés allemandes. La société *SEVIC system* avait demandé l'inscription au registre du commerce allemand de sa fusion avec la société *Security Vision*, établie au Luxembourg. Elle s'était vue opposer un refus tenant à ce que « seuls les sujets de droit ayant leur siège sur le territoire national peuvent être l'objet d'une transformation par fusion ». La Cour condamne une telle différence de traitement entre les fusions internes et les fusions transfrontalières et juge que la liberté d'établissement s'oppose « à ce que, dans un État membre, l'inscription au registre national du commerce de la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de cette dernière à une autre société soit refusée de manière générale lorsque l'une des deux sociétés a son siège dans un autre État membre, alors qu'une telle inscription est possible, dès lors que certaines conditions sont respectées, lorsque les sociétés participant à la fusion ont toutes deux leur siège sur le territoire du premier État membre ».

L'arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio*²³, étend encore le champ des effets de la liberté d'établissement sur les législations nationales. La société *Cartesio* souhaitait transférer son siège réel de Hongrie en Italie sans renoncer à son statut et à sa nationalité comme société de droit hongrois, et donc sans changement de son droit national de rattachement. La Cour distingue alors selon que le transfert de siège réel d'une société se réalise avec ou sans changement du droit national dont la société relève. Elle rappelle qu'un État peut ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver son lien de rattachement avec lui « lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'État membre de constitution ». Cette solution issue de l'arrêt *Daily Mail* est la conséquence du maintien des différents droits nationaux des sociétés. Concernant le cas de la société *Cartesio*, elle juge

²³ Aff. C-210/06, précité.

ainsi qu'en « l'état actuel du droit communautaire », les règles du traité relatives à la liberté d'établissement « ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée ». La Cour affine cependant sa jurisprudence antérieure en dissociant cette hypothèse de celle du déplacement transnational d'une société « avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace ». Elle précise alors que la faculté des États membres de définir le lien de rattachement qui conditionne le droit d'établissement ne doit pas revenir à accorder une « immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution de sociétés ». En particulier, une telle faculté ne « saurait justifier que l'État membre de constitution, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'autre État membre pour autant que ce droit le permette »²⁴.

Le sens de cette expression « pour autant que ce droit le permette » appelle précision et mérite d'être clairement délimité. Dans un arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV*, la Cour a jugé qu'« une société constituée selon le droit d'un État membre, qui transfère son siège de direction effective dans un autre État membre, sans que ce transfert de siège affecte sa qualité de société du premier État membre, peut se prévaloir de l'article 49 TFUE aux fins de mettre en cause la légalité d'une imposition mise à sa charge, par le premier État membre, à l'occasion dudit transfert de siège »²⁵. Dans le même sens, dans ses conclusions du 15 décembre

²⁴ Ainsi, pour la Cour, « un tel obstacle à la transformation effective d'une telle société sans dissolution et liquidation préalables en une société de droit national de l'État membre dans lequel celle-ci souhaite se déplacer constituerait une restriction à la liberté d'établissement de la société concernée ».

²⁵ Selon la Cour, cet article « s'oppose à une réglementation d'un État membre, qui impose le recouvrement immédiat de l'imposition sur les plus-values latentes afférentes aux éléments de patrimoine d'une société transférant

2011, rendues sur l'affaire VALE²⁶, l'avocat général souligne que l'expression « pour autant que ce droit le permette », mentionnée dans l'arrêt *Cartesio*, ne saurait signifier l'exclusion du champ de la liberté d'établissement des cas de « reconstitution transfrontalière d'une société »²⁷.

B. L'effectivité contrariée de la mobilité

La mobilité est assurée par la règle du traitement national donc par renvoi aux droits nationaux des sociétés et non par une substitution à ces derniers d'un régime juridique européen qui serait commun et applicable à toutes les sociétés régulièrement établies sur le territoire de l'Union. Ainsi, le déplacement d'une société relève encore essentiellement des droits nationaux qui représentent parfois un obstacle insurmontable, malgré la pleine affirmation par la Cour de justice de l'Union, de l'effet direct du droit à la mobilité des sociétés. La règle du traitement national marque à la fois les progrès et le paradoxe du droit de l'Union dont les progrès tiennent très nettement aux développements jurisprudentiels du droit à la mobilité (1) mais elle dévoile aussi les limites de sa capacité à garantir de façon effective la mobilité transnationale des sociétés sur le territoire de l'Union européenne (2).

son siège de direction effective dans un autre État membre, au moment même dudit transfert », Aff. C-371/10.

²⁶ Aff. C-378/10, à propos de la transformation transfrontalière d'une société de droit italien en société de droit hongrois et de la législation hongroise excluant une telle transformation. L'avocat général écarte l'argument des gouvernements hongrois et allemand, de l'Irlande ainsi que du Royaume-Uni selon laquelle une telle réglementation ne relèverait pas des articles 49 et 54 du TFUE du fait qu'une transformation transfrontalière, à la différence de la fusion transfrontalière en cause dans l'arrêt *SEVIC System*, conduit à la constitution d'une société dans l'État membre d'accueil.

²⁷ Il considère que « les articles du traité TFUE relatifs à la liberté d'établissement s'appliquent à une reconstitution transfrontalière d'une société impliquant un changement du droit applicable, le transfert du siège social ainsi que la constitution d'une société conformément au droit de l'État membre d'accueil qui assume les droits et les obligations de ladite société en tant que successeur juridique ».

1. Les développements jurisprudentiels du droit à la mobilité

La Cour de justice a développé une conception extensive du droit à la mobilité. Tout d'abord, l'étendue des sociétés bénéficiaires est fonction de l'interprétation de la notion de société au sens des libertés d'établissement et de prestation de services. Selon le deuxième alinéa de l'article 54 du TFUE, « par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif ». Le concept de société au sens de cet article est un concept propre au droit de l'Union et désigne « tout groupement qui possède une capacité d'action et d'expression ainsi qu'un patrimoine propre »²⁸. La notion de but lucratif est interprétée largement comme impliquant une « non-gratuité de l'activité économique de la société ou de la personne morale »²⁹. Ainsi, pour la Cour de justice, « ce ne sont pas les bénéfices, au sens d'excédents se produisant à la fin d'un exercice, qui s'opposent à la qualification d'un organisme comme étant « sans but lucratif », mais ce sont les profits au sens d'avantages pécuniaires pour les membres de ce dernier »³⁰.

Il s'agit aussi de donner au libre choix des sociétés une consistance réelle. En raison de la diversité des législations nationales, les sociétés peuvent choisir d'exercer leur mobilité vers l'État dont la législation leur apparaît être la plus favorable. Les États ne peuvent entraver ce choix. Ainsi, excepté les cas de fraude, les raisons qui ont guidé le choix par une société de se constituer dans un État membre n'ont pas d'incidence sur le bénéfice de la liberté d'établissement. Il en est ainsi même lorsque la société n'a été constituée dans un État membre qu'en vue de s'établir dans un second État membre, où elle mène l'essentiel voire l'ensemble, de ses activités. Ce raisonnement apparaît clairement dans l'arrêt

²⁸ Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *op. cit.*, p. 142.

²⁹ Th. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUAM 2009, p. 53, citant B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 1994, p. 129.

³⁰ Notamment : CJCE, 21 mars 2002, *Kennemer Golf*, Aff. C-174/00, *Rec.*, I-3193.

de la Cour de justice du 10 juillet 1986, *Segers*³¹ et dans celui du 9 mars 1999, *Centros*³², selon lequel : « Le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité ».

Enfin, le principe de liberté doit être assuré pour la liberté d'établissement comme pour la libre prestation de services et dans l'articulation entre elles. Les droits attachés à ces libertés concernent non seulement l'accès aux activités mais aussi leurs conditions d'exercice conçues au sens large³³. Dans la mesure où l'une et l'autre sont offertes par le traité de façon égale, un libre choix entre elles doit être assuré et les États membres doivent garantir ce choix sur leur territoire. Elles valent, compte tenu de leur objet respectif, indépendamment l'une de l'autre, obéissent chacune à un régime qui lui est propre et sont génératrices d'obligations spécifiques à l'égard des États. La Cour de justice juge ainsi qu'un « État membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services » et qu'une « telle restriction est d'autant moins admissible lorsque le service est fourni (...) sans que le prestataire ait besoin de se rendre sur le territoire de l'État membre où la prestation est fournie »³⁴. La différenciation entre la libre prestation de services et la liberté d'établissement apparaît

³¹ Aff. 79/85, *Rec.*, 2375.

³² Aff. C-212/97, *Rec.*, I-1459. Voir aussi : CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Aff. C-167/01, *Rec.*, I-10155.

³³ Couvrant par exemple les conditions de location d'un local professionnel : CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser*, Aff. 197/84, *Rec.*, 01819.

³⁴ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, Aff. C-76/90, *Rec.*, I-04221.

bien dans l'arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard* : si « le prestataire de services, au sens du traité, peut se doter, dans l'État membre d'accueil, de l'infrastructure nécessaire aux fins de l'accomplissement de sa prestation », « un ressortissant d'un État membre qui, de façon stable et continue, exerce une activité professionnelle dans un autre État membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet État, relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services ». Par sa formulation même dans le traité³⁵, la libre prestation de services présente un caractère résiduel et est marquée par son caractère temporaire tandis que la notion d'établissement est, selon la Cour de justice, une « notion très large impliquant la possibilité pour un ressortissant de l'Union de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État membre d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'Union européenne dans le domaine des activités non salariées »³⁶. C'est ainsi que « le champ d'application du droit d'établissement couvre toute mesure qui permet, ou même ne fait que faciliter, l'accès à un État membre autre que celui d'établissement et l'exercice d'une activité économique dans cet État, en rendant possible la participation des opérateurs économiques intéressés à la vie économique dudit État membre, aux mêmes conditions que celles applicables aux opérateurs nationaux »³⁷.

³⁵ Selon l'article 57 TFUE, « au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Cet article mentionne expressément : des activités de caractère industriel, des activités de caractère commercial, des activités artisanales et les activités des professions libérales.

³⁶ Notamment, CJCE, 22 décembre 2008, *Commission c/Autriche*, Aff. C-161/07, *Rec.*, I-10671, point 24.

³⁷ Arrêt *SEVIC System*, *précité*, point 18, cité par M. Niilo Jääskinen, dans ses conclusions du 15 décembre 2011, sur l'affaire *VALE*, Aff. C-378/10, point 67.

2. L'effet contrasté du droit au traitement national

L'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services posée par les articles 49 et 56 du TFUE se combine à l'obligation d'assurer l'égalité de traitement devant la législation nationale qui régit ces activités dans chaque État membre. Selon l'article 49, « la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants ». En vertu de l'article 55 du TFUE, la règle du traitement national s'impose aussi « en ce qui concerne la participation financière des ressortissants des autres États membres au capital des sociétés au sens de l'article 54 ». L'article 57 TFUE, prévoit que « le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'État membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants », et, selon l'article 61 TFUE, « aussi longtemps que les restrictions à la libre prestation des services ne sont pas supprimées, chacun des États membres les applique sans distinction de nationalité ou de résidence à tous les prestataires de services visés à l'article 56, premier alinéa ». Les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services sont conçues par la Cour de justice comme une expression particulière du principe général de non-discrimination et d'égalité de traitement³⁸ et emportent prohibition des discriminations directes ou indirectes concernant l'accès et les conditions d'exercice de ces activités³⁹.

L'entrave à ces libertés peut ne pas être discriminatoire et constituer une gêne prohibée. Ainsi, la notion de « restriction » au sens de ces libertés est également interprétée largement et vise « toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant » l'exercice de la liberté d'établissement ou de la libre prestation des services. Il peut s'agir de mesures prises par un

³⁸ Not. CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c/Italie*, Aff. C-3/88, *Rec.*, 04035.

³⁹ Not. CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser*, *précité*.

État membre qui, quoique indistinctement applicables, affectent l'accès au marché pour les entreprises d'autres États membres et entravent ainsi le commerce intracommunautaire⁴⁰. Cette approche vaut pour la liberté d'établissement⁴¹ et pour la libre prestation de service qui « exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services similaires »⁴². L'une et l'autre s'imposent aux réglementations publiques et non publiques⁴³, pour éviter que la suppression des barrières d'origine étatique puisse « être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou des organismes ne relevant pas du droit public »⁴⁴.

Par définition, le droit au traitement national ne peut permettre d'éliminer les obstacles à la mobilité des sociétés qui tiennent à la diversité des droits nationaux applicables aux transferts de siège, scissions et fusions transfrontalières. Il se réalise en effet par le

⁴⁰ CJCE, 13 décembre 2007, *Commission c/Italie*, Aff. C-465/05, *Rec.*, I-11091, et 28 avril 2009, *Commission c/Italie*, Aff. C-518/06, *Rec.*, I-03491.

⁴¹ CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, Aff. C-340/89, *Rec.*, I-02357.

⁴² Notamment : CJCE, 25 juillet 1991, *Säger* (Aff. C-76/90, *Rec.*, I-04221, *précité*) et 25 juin 2009, *Commission c/Autriche* (Aff. C-356/08, *Rec.*, I-00108), qui rappellent que « dans l'optique d'un marché unique, et pour permettre de réaliser les objectifs de celui-ci, l'article 49 CE (devenu l'article 56 TFUE) s'oppose également à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre ».

⁴³ Notamment, CJCE, 11 décembre 2007, *Wiking*, Aff. C-438/05, *Rec.*, I-10779, les appliquant à des « réglementations d'une autre nature qui visent à régler, de façon collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services ».

⁴⁴ Voir en matière de prestation de services : CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, Aff. 36/74, *Rec.*, 01405, ainsi que CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, Aff. C-415/93, *Rec.*, I-04921, à propos de la libre circulation des travailleurs, et 19 février 2002, *Wouters*, Aff. C-309/99, *Rec.*, I-01577, en matière de concurrence.

bénéfice de la législation nationale de chaque État et non par le droit à un régime européen unifié et uniforme pour toutes les sociétés qui souhaitent se livrer à de telles opérations sur le territoire de l'Union. Or, les obstacles juridiques et fiscaux portés par chaque législation nationale peuvent rendre illusoire l'exercice de la liberté d'établissement principal, malgré les avancées de la jurisprudence de la Cour de justice, qui ne définit cependant pas les modalités permettant une mise en œuvre effective des principes qu'elle entend promouvoir et qui prend en compte le respect de la compétence des États. En particulier, « le traité ne garantit pas à une société relevant de l'article 54 TFUE que le transfert de son siège de direction effective dans un autre État membre soit neutre en matière d'imposition. Compte tenu des disparités des réglementations des États membres en la matière, un tel transfert peut, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour une société sur le plan de l'imposition » et « la liberté d'établissement ne saurait donc être comprise en ce sens qu'un État membre soit obligé d'établir ses règles fiscales en fonction de celles d'un autre État membre afin de garantir, dans toutes les situations, une imposition qui efface toute disparité découlant des réglementations fiscales nationales »⁴⁵.

La liberté d'établissement principal étant paralysée par les exigences nationales, la mobilité se réalise plus aisément par la création de filiales ou de succursales. L'État d'accueil est tenu de reconnaître l'existence d'une succursale d'une société rattachée à un autre État membre même si elle n'y développe pas d'activité économique⁴⁶, et ne peut la soumettre à des obligations ou contraintes qu'il n'impose pas aux succursales des sociétés dont le siège est localisé sur son territoire⁴⁷. De même, il ne peut pas refuser l'enregistrement d'une fusion entre sociétés d'États membres différents

⁴⁵ Notamment : CJUE, 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV*, Aff. C-371/10 et la jurisprudence citée: 15 juillet 2004, *Lindfors*, Aff. C-365/02, *Rec.*, I-7183; 12 juillet 2005, *Schempp*, Aff. C-403/03, *Rec.*, I-6421; 28 février 2008, *Deutsche Shell*, Aff. C-293/06, *Rec.*, I-1129; 20 mai 2008, *Orange European Smallcap Fund*, Aff. C-194/06, *Rec.*, I-3747.

⁴⁶ Aff. C-212/97, *Centros*, *Rec.*, I-01459.

⁴⁷ Aff. C-167/01, *Inspire Art*, *Rec.*, I-10155.

quand il accepte d'enregistrer des fusions entre les sociétés nationales⁴⁸. Il ne peut écarter les sociétés ayant leur siège dans un autre État membre de la possibilité de transformation qu'il reconnaît aux sociétés ayant leur siège sur son territoire. Ainsi, la liberté d'établissement s'oppose « à une réglementation ou à une pratique d'un État membre d'accueil qui dénie à une société régulièrement constituée selon le droit d'un autre État membre d'origine le droit de transférer son siège social dans l'État d'accueil et d'y continuer son activité sous la forme d'une société constituée selon le droit de cet État »⁴⁹. Face aux intérêts et valeurs véhiculées par les droits nationaux qui peuvent paralyser la mobilité des sociétés entre les États membres, les progrès du droit de l'Union permettent d'intégrer la dimension transnationale de certaines valeurs communes aux États membres contenues dans les législations nationales et d'affirmer une substance européenne réelle pour la mobilité des sociétés à même d'exprimer des valeurs propres à l'Union européenne.

II. La rencontre entre systèmes de valeurs dans la portée de la mobilité

Comme l'observe Yves Chaput: « L'enjeu devient celui de la mise en concurrence, en temps réel, des droits nationaux auprès des acteurs économiques, le marché des droits se superposant aux marchés des marchandises et des services. Concurrence qui conduit les États, s'ils veulent attirer les entreprises dans leur orbite, à leur offrir des droits « séduisants ». En prolongement de l'adoption d'une loi, ce sont aussi des juridictions nationales qui peuvent devenir compétentes et par conséquent des professionnels du droit ne manqueront pas d'en tirer profit en cas de litige.

⁴⁸ Aff. C-411/03, *SEVIC System, Rec.*, I-10805.

⁴⁹ Conclusions de M. NIILO JÄÄSKINEN *précitées* du 15 décembre 2011, rendues sur l'affaire *VALE* : « À moins que cette restriction ne s'applique de manière non discriminatoire, se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ».

Se pose alors une question complémentaire mais fondamentale, celle des intérêts à protéger : intérêts individuels et égoïstes, intérêts généraux d'ordre public, de protection, de direction. À quelles conditions, les fondateurs d'une société ont-ils la faculté de la soumettre, de leur seule appréciation, à un système législatif national donné ? Les abus les plus criants étant évidemment évités grâce au droit cadre européen. Mais au-delà, les influences culturelles locales maintiennent de nombreuses disparités. Les statuts des salariés en sont un exemple caractéristique. Il y en a d'autres que la fiscalité exacerbe. Les États qui bénéficient de l'élargissement de l'Union européenne deviennent des concurrents redoutables »⁵⁰. Cette perception des législations nationales sous l'angle de leur mise en concurrence, se trouve progressivement assortie d'une approche positive, par laquelle le droit de l'Union ne se substitue pas aux droits nationaux des sociétés mais permet leur mise en cohérence et les complète de sources normatives européennes. Seuls les progrès d'un cadre réglementaire de l'Union, clair et accessible, peuvent assurer la réalisation effective de la mobilité transnationale des sociétés et la protection transnationale que cette mobilité appelle, des valeurs et des intérêts légitimes que chaque État membre, pris individuellement, ne peut assurer à lui seul. De tels progrès sont gages d'égalité dans la mobilité (A). La rencontre entre échelles de valeurs marque aussi de son empreinte l'appréciation juridictionnelle des limites à la mobilité (B).

A. L'égalité par les progrès d'un cadre réglementaire commun

Si les intérêts des associés et des tiers sont protégés par la législation de chaque État membre, les termes et les enjeux d'une telle protection prennent une dimension spécifique à l'égard d'une société rattachée au droit d'un autre État membre. Face aux enjeux de la mobilité, le droit de l'Union européenne peut imposer un minimum commun de protection de ces intérêts au sein de l'Union et dans chaque État membre, quant à la structure, la publicité, le

⁵⁰ « La liberté d'établissement des sociétés dans l'Union européenne », in *Les petites et moyennes entreprises et les réformes du droit des sociétés dans l'Union européenne*, Madrid, 4 et 5 février 2004, <http://www.creda.ccip.fr>

fonctionnement des sociétés et en matière de droit comptable. De plus, devant les obstacles qui persistent pour l'exercice par les sociétés nationales de leur liberté d'établissement d'un État à l'autre, il vise à assurer une simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, administrative et comptable⁵¹ et met en place des formes européennes de sociétés ou de groupements dont le statut européen rend possible la mobilité transnationale tout en n'excluant pas pour autant le renvoi au droit national des États sur certains aspects de leur constitution, reconnaissance, fonctionnement et dissolution. La diversité des législations nationales est donc une constante en matière de mobilité des sociétés, au regard tant des progrès de la coordination et du rapprochement des législations nationales (1) que du développement de formes transnationales européennes de sociétés et de groupements (2).

1. La coordination et le rapprochement des droits nationaux des sociétés

L'article 50-2, g) du TFUE prévoit l'adoption de mesures « coordonnant, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». Selon l'article 53 du TFUE, « afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, ainsi qu'à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci ». Depuis le traité de Lisbonne, la procédure est la procédure législative ordinaire et les obligations qui pèsent sur les États en matière de suppression des restrictions ou de libéralisation sont formulées de façon plus contraignante, tant pour la liberté d'établissement que pour la

⁵¹ Notamment : Communication de la Commission du 10 juillet 2007 relative à la simplification de l'environnement des sociétés en matière juridique, comptable et de contrôle des comptes, COM(2007) 394 final (voir aussi *infra*).

libre prestation de services. Et l'exigence d'unanimité qu'exigeait le TCE pour « les directives dont l'exécution dans un État membre au moins comporte une modification des principes législatifs existants du régime des professions en ce qui concerne la formation et les conditions d'accès de personnes physiques » est supprimée.

Les directives intervenues ont été au-delà de l'objet qui leur était assigné par le TCE et de la coordination pour définir parfois des normes unifiées. Ces progrès se sont réalisés par l'adoption de plusieurs directives concernant la publicité des sociétés, la validité de leurs engagements et leur nullité éventuelle⁵², la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital⁵³, les fusions nationales sociétés anonymes⁵⁴, les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux⁵⁵, la scission des sociétés anonymes⁵⁶, l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables⁵⁷, la

⁵² Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, modifiée par la directive 2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés.

⁵³ Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital. Cette directive, modifiée à plusieurs reprises, a fait l'objet d'une refonte d'ensemble par la directive directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012.

⁵⁴ Troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 § 3 g), du TCEE et concernant les fusions des sociétés anonymes dépendant d'un même État et modifiée par les directives du Parlement européen et du Conseil 2007/63/CE du 13 novembre 2007 pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes et 2009/109/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions.

⁵⁵ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, modifiée par les directives du Parlement et du Conseil 2012/17/UE et 2009/109/CE (*précitées infra et supra*).

⁵⁶ Depuis la sixième directive 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982.

⁵⁷ Depuis la huitième directive 84/253/CEE du Conseil, du 10 avril 1984.

publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre État⁵⁸, les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé⁵⁹, la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)⁶⁰, les états financiers annuels⁶¹, la publication d'informations financières périodiques par les sociétés cotées en bourse⁶² et les obligations de transparence⁶³, ou encore l'interconnexion des registres nationaux du commerce⁶⁴.

⁵⁸ Depuis la onzième directive 89/666/CEE du Conseil du 21 décembre 1989.

⁵⁹ Depuis la douzième directive 89/667/CEE du Conseil du 21 décembre 1989.

⁶⁰ Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985, modifiée par la directive 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 concernant la réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés et par la directive 2001/108/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 concernant les placements des OPCVM.

⁶¹ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et qui abroge et remplace la quatrième directive (78/660/CEE du 25 juillet 1978) et la Septième directive (83/349/CEE du 13 juin 1983), relatives respectivement aux comptes individuels et aux comptes consolidés. On notera aussi la directive 2012/6/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 venue modifier la directive 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés en ce qui concerne les microentités.

⁶² Directive 82/121/CEE du Conseil du 15 février 1982, relative à l'information périodique à publier par les sociétés dont les actions sont admises à la cote officielle d'une bourse de valeurs.

⁶³ En dernier lieu: directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE.

⁶⁴ Directive 2012/17/EU du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/

Certaines propositions de directive ont suscité des résistances parfois fortes des États, tant certaines d'entre elles sont anciennes. Ces obstacles sont le fruit des divergences de conception entre les pays de tradition romano-germanique d'une part, et les pays de Common law et les Pays-Bas, d'autre part. Ainsi, la proposition d'une cinquième directive, sur la structure des sociétés anonymes ainsi que les pouvoirs et obligations de leurs organes, a été présentée par la Commission européenne au Conseil le 9 octobre 1972, a été plusieurs fois modifiée, mais est restée sans suite. En témoignent également les difficultés rencontrées par le projet de neuvième directive sur les relations de groupes et par la proposition de dixième directive de 1985 sur les fusions transfrontalières de sociétés anonymes. Les divergences qui tiennent à la concurrence des droits nationaux des sociétés se retrouvent à l'égard de la proposition de treizième directive de 1989 qui, en matière d'offres publiques d'achat ou d'échange, vise à poser certains principes unifiés et à protéger les actionnaires dans le cadre de telles opérations transfrontalières, et de celle intervenue en 1997 d'une quatorzième directive sur le transfert du siège social des sociétés de capitaux, qui prévoit le maintien de la personnalité juridique de l'entreprise mais qui ne tranche pas entre le système de l'incorporation et celui du siège réel.

Dans les suites de sa Communication « Europe 2020 » appelant à l'amélioration de l'environnement juridique des entreprises européennes⁶⁵ et d'une consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés⁶⁶, la Commission a adopté un « Plan d'action »⁶⁷ qui

CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil (précitées) en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés.

⁶⁵ Communication de la Commission « Europe 2020 – une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », COM (2010) 2020 final, pp.16-17.

⁶⁶ Sollicitant la réponse des autorités nationales sur les objectifs du droit européen des sociétés, son champ d'application, le manque de « convivialité » du cadre réglementaire du droit européen des sociétés, les formes juridiques européennes d'entreprises et leur valeur ajoutée pour les sociétés nationales, le cas particulier de la *societa privata europaea* (SPE), le transfert du siège statutaire d'une société dans un autre État membre, les fusions et les scissions transfrontalières, les groupes de sociétés et le régime en matière de capital.

⁶⁷ « Droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise – un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une

visé à moderniser le cadre réglementaire de l'Union en matière de gouvernance des entreprises et de droit européen des sociétés. Il s'agit « d'améliorer l'encadrement des opérations transfrontières des entreprises » et de procéder à une codification des principales directives sur le droit des sociétés en les regroupant dans un instrument unique afin réduire les risques d'incohérence et de conforter la sécurité juridique des entreprises. Concernant le droit des sociétés, sont ainsi proposés l'adoption de règles de l'Union permettant un transfert du siège statutaire dans un autre État membre sans mise en cause de la personnalité juridique de l'entreprise, l'amélioration du mécanisme des fusions transfrontières, l'autorisation des scissions transfrontières (les scissions au plan national étant déjà harmonisées) et la définition de formes juridiques appropriées pour les petites et moyennes entreprises. Ce processus de réforme, soutenu par le Parlement européen⁶⁸, concerne également les différentes formes européennes pour la mobilité des sociétés, visant notamment une promotion et une meilleure publicité des statuts de la société européenne (SE) et de la société coopérative européenne (SCE) ainsi que l'amélioration des informations disponibles sur les groupes de sociétés et la reconnaissance de la notion d'intérêt de groupe.

meilleure viabilité des entreprises », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 12 décembre 2012, COM (2012) 740 final. La Commission prévoit la publication en 2014 d'un Livre vert sur les conflits de lois dans le cadre du droit des sociétés.

⁶⁸ La Résolution du Parlement européen sur l'avenir du droit européen des sociétés, du 14 juin 2012 (B7-0299/2012 / P7_TA-PROV(2012)0259) encourage, notamment, une simplification de la 2^e directive sur le droit des sociétés, l'examen de la structure et du fonctionnement des sociétés anonymes en vue de reprendre les travaux sur la 5^e directive (précitée) et les perspectives d'une 14^e directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire. Elle demande « la reprise des travaux sur la 9^e directive sur le droit des sociétés, non pour harmoniser pleinement la législation européenne sur les groupes de sociétés, mais pour protéger les filiales et les actionnaires (*stakeholders* dans la version anglaise) et pour améliorer la transparence des structures de groupe ».

2. Le développement de formes européennes pour la mobilité des sociétés

Allant plus avant comme expression de valeurs partagées entre les États membres de l'Union, la législation transnationale de l'Union a permis la création de formes européennes de sociétés ou de groupements : la *société européenne* ou *societas europaea* (SE), la *société coopérative européenne* (SEC) et le *groupement européen d'intérêt économique* (GEIE). Il s'est agi de mettre en place des entités qui relèvent principalement non pas des droits nationaux mais directement du droit de l'Union. Cependant, le degré d'européanisation de leur statut est variable et ce dernier comporte une part importante de renvoi aux droits nationaux. La finalité poursuivie est constante, celle de l'achèvement du marché intérieur, comme en témoigne le choix de la base juridique généralement retenue⁶⁹.

La *société européenne* a été introduite par le règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001 du Conseil relatif au statut de la société européenne, qui fixe des règles communes en matière de constitution, de structure, de fonctionnement et de disparition de la SE et qui est complété par la directive 2001/86/CE du Conseil du même jour sur l'implication des travailleurs. Si l'idée de créer de telles sociétés obéissant à un régime européen est apparue dès 1965, la première proposition remonte au 30 juin 1970 et il a fallu attendre plusieurs décennies pour que ce projet soit adopté. Selon l'exposé des motifs du règlement 2157/2001, « le cadre juridique dans lequel les entreprises doivent exercer leurs activités dans la Communauté reste principalement fondé sur des législations nationales et ne correspond plus au cadre économique dans lequel elles

⁶⁹ Article 308 TCE selon lequel « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu des pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ». Cette disposition est reprise, avec le traité de Lisbonne, dans des termes élargis, par l'article 352 du TFUE qui précise notamment que les mesures prises sur son fondement « ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation ».

doivent se développer pour permettre la réalisation des objectifs » du traité. Il prévoit donc « la création, à côté des sociétés relevant d'un droit national donné, de sociétés dont la constitution et les activités sont régies par le droit résultant d'un règlement communautaire directement applicable dans tous les États membres » tout en considérant que « dans les domaines où le fonctionnement d'une SE n'exige pas de règles communautaires uniformes, il peut être renvoyé à la législation régissant les sociétés anonymes de l'État membre du siège statutaire de la SE »⁷⁰. L'objectif de la directive qui complète le règlement est d'assurer que « la création d'une SE n'entraîne pas la disparition ou l'affaiblissement du régime d'implication des travailleurs, existant dans les sociétés participant à la création d'une SE ». Compte tenu de la grande disparité des législations nationales en la matière, l'adoption d'un modèle uniforme était exclue et le respect des procédures d'information et de consultation des travailleurs devait être garanti⁷¹. La société européenne est une société anonyme qui permet de « créer ou de restructurer un groupe de sociétés » et qui présente une double implantation dans l'Union, la sienne propre et celle de ses sociétés fondatrices. Il en résulte notamment une obligation de publicité dans toute l'Union, celle de déterminer au préalable de l'enregistrement de la SE, une implication des travailleurs conforme à la directive, ou encore une possibilité effective et organisée par le règlement de transférer le siège statutaire de la SE avec maintien de la personnalité juridique de celle-ci dans un autre État membre⁷².

Une proposition de règlement du Conseil du 25 juin 2008 vise à améliorer l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) au marché intérieur et à aider le développement de leurs activités transfrontalières en instituant un statut de *société privée européenne* (SPE) à responsabilité limitée et sous des conditions simplifiées. Les négociations marquent le désaccord entre les États concernant

⁷⁰ *Exposé des motifs* du règlement 2157/2001, cité par A. et G. Decocq, *Droit européen des affaires*, LGDJ, 2010, pp. 82-83.

⁷¹ *Exposé des motifs* de la directive 2001/86/CE, cité par A. et G. Decocq, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁷² Selon le règlement (CE) 2157/2001, ce transfert ne doit impliquer ni dissolution de la société, ni création d'une personne morale nouvelle.

la dissociation possible entre le siège statutaire et l'administration centrale, le capital social minimum et le régime de participation des travailleurs.

Les groupements européens visent à fournir un cadre de coopération et de rapprochement entre les sociétés. Le *groupement européen d'intérêt économique* a été institué par le règlement 2137/85 du Conseil, du 25 juillet 1985. Il s'agit de poursuivre toujours le même objectif d'un espace transnational de mobilité pour les sociétés qui bénéficient du droit de l'Union, comme l'indiquent les premiers considérants de ce règlement : « Le développement harmonieux des activités économiques et une expansion continue et équilibrée dans l'ensemble de la Communauté dépendent de l'établissement et du bon fonctionnement d'un marché commun offrant des conditions analogues à celles d'un marché national ; (...) la réalisation de ce marché unique et le renforcement de son unité rendent notamment souhaitable la création, à l'intention des personnes physiques, sociétés et autres entités juridiques, d'un cadre juridique qui facilite l'adaptation de leurs activités aux conditions économiques de la Communauté; (...) à cet effet, il est nécessaire que ces personnes physiques, sociétés et autres entités juridiques puissent effectivement coopérer par-delà les frontières (...); une telle coopération peut rencontrer des difficultés d'ordre juridique, fiscal ou psychologique ». C'est pour la réalisation de ces objectifs que le *groupement européen d'intérêt économique* est créé. Là encore, les sociétés bénéficiaires sont définies par référence aux sociétés bénéficiaires de la liberté d'établissement⁷³, c'est à dire, sous condition de rattachement à un État membre

⁷³ Selon l'article 4 du règlement, « peuvent seules être membres d'un groupement : a) les sociétés, au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, ainsi que les autres entités juridiques de droit public ou privé, constituées en conformité avec la législation d'un État membre, qui ont leur siège statutaire ou légal et leur administration centrale dans la Communauté; lorsque, selon la législation d'un État membre, une société ou autre entité juridique n'est pas tenue d'avoir un siège statutaire ou légal, il suffit que cette société ou autre entité juridique ait son administration centrale dans la Communauté ; b) les personnes physiques exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, de profession libérale ou d'autres services dans la Communauté ».

et de localisation de leur activité sur le territoire de l'Union. Le règlement fixe les modalités de la constitution de ces groupements sur la base de la conclusion d'un contrat et impose une immatriculation dans l'État du siège du groupement. Il renvoie à plusieurs égards aux législations nationales. S'il prévoit que le groupement « a la capacité, en son propre nom, d'être titulaire de droits et d'obligations de toute nature, de passer des contrats ou d'accomplir d'autres actes juridiques et d'ester en justice, à dater de l'immatriculation », il fait dépendre la personnalité juridique de celui-ci des États qui enregistrent son immatriculation⁷⁴. Il définit la loi nationale applicable au contrat comme étant celle de l'État de siège⁷⁵ et permet le transfert de siège à l'intérieur de l'Union, sans disparition du groupement.

Enfin, le statut juridique de la *société coopérative européenne* (SCE) est régi par le règlement 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003, complété par la directive 2003/72 du Conseil du 22 juillet 2003, pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Tous deux s'inspirent des dispositions du règlement et de la directive sur la société européenne. Il en est ainsi notamment de leurs dispositions relatives à la loi applicable à la SCE, à son siège statutaire qui est « fixé par les statuts, doit être situé à l'intérieur de la Communauté et doit correspondre au lieu où se trouve son administration centrale » et qui peut être transféré dans un autre État membre « sans que cela ne donne lieu ni à dissolution, ni à création d'une personne morale nouvelle » ou encore du principe de non-discrimination selon lequel « une SCE est traitée dans chaque État membre comme une coopérative nationale ». Le règlement

⁷⁴ Article 1^{er} du règlement.

⁷⁵ Article 2 du règlement : « 1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, la loi applicable, d'une part au contrat de groupement, sauf pour les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes physiques et à la capacité des personnes morales, d'autre part au fonctionnement interne du groupement, est la loi interne de l'État du siège fixé par le contrat de groupement. 2. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles applicables aux matières visées au paragraphe 1, chaque unité territoriale est considérée comme un État aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent article ».

visée à assurer une coopération économique transnationale effective des coopératives dans l'Union, en éliminant des difficultés d'ordre juridique et administratif qui l'affectent : « l'instauration d'une forme juridique européenne, fondée sur des principes communs, mais prenant en compte les spécificités des coopératives, devrait permettre à celles-ci d'opérer au-delà de leurs frontières nationales, sur tout ou une partie du territoire de la Communauté »⁷⁶. Selon l'article 1^{er} du règlement, la forme de la société coopérative européenne est ouverte à toute société coopérative constituée sur le territoire de l'Union. Il s'agit d'une « société dont le capital souscrit est divisé en parts », dont le nombre de membres et le capital sont variables et qui est dotée de la personnalité juridique. Elle « a pour objet principal la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales de ses membres notamment par la conclusion d'accords avec ceux-ci en vue de la fourniture de biens ou de services ou de l'exécution de travaux dans le cadre de l'activité que la SEC exerce ou fait exercer »⁷⁷. La part réservée au droit national des États est donc toujours bien présente et de façon symptomatique, le règlement indique que le régime du « siège réel » qu'il retient est « sans préjudice des législations des États membres et ne préjuge pas les choix qui pourront être opérés pour d'autres textes communautaires en matière de droit des sociétés »⁷⁸.

⁷⁶ Considérant 12 du règlement.

⁷⁷ Selon ce même article, la SEC « peut aussi avoir pour objet de répondre aux besoins de ses membres en favorisant, de la même manière, leur participation à des activités économiques dans une ou plusieurs SEC et/ou coopératives nationales » et elle « peut mener ses activités par l'intermédiaire d'une filiale ».

⁷⁸ Considérant 14. Son considérant 16 précise aussi qu'il « ne couvre pas d'autres domaines du droit tels que la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle, ou l'insolvabilité » et que « par conséquent, les dispositions du droit des États membres et du droit communautaire sont applicables dans ces domaines, ainsi que dans d'autres domaines non couverts ».

B. La liaison entre valeurs nationales et européennes aux limites de la mobilité

La rencontre entre les valeurs nationales et les valeurs européennes s'observe dans la définition européenne autonome des motifs légitimes qui permettent d'exclure ou de limiter le jeu de la liberté d'établissement des sociétés et de la libre prestation de services. Ces motifs sont interprétés de façon stricte et ne doivent pas permettre aux États de neutraliser de façon unilatérale l'exercice de ces libertés. Les valeurs inscrites aux limites de la mobilité des sociétés dans l'Union peuvent être partagées entre l'Union et ses États membres mais présenter un sens variable de l'une aux autres et entre chacun d'eux. Leur identification par la Cour de justice impose la même exigence de respect de la diversité et de l'identité nationale des États qui tient aux variations entre leurs traditions respectives et au système de valeurs propre qui en est issu. Cet équilibre marque l'appréciation tant des activités exclues du champ des libertés (1) que des motifs qui permettent d'y déroger (2).

1. Les valeurs nationales face à l'interprétation stricte des activités exclues de la mobilité

L'article 51 du TFUE exclut du champ de la liberté « en ce qui concerne l'État membre intéressé », les « activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique » et cette disposition est applicable, en vertu de l'article 62 du TFUE, à la libre prestation de services. L'interprétation de la notion d'autorité publique obéit à une logique identique à celle de la notion d'administration publique visée par l'article 45 du TFUE comme exception au champ de la libre circulation des travailleurs⁷⁹. Mais chacune des exceptions doit être appréciée de façon autonome et il en est de même en ce qui concerne les exceptions à la libre concurrence⁸⁰.

⁷⁹ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, Aff. 152/73, *Rec.*, 00153.

⁸⁰ Ainsi, pour la Cour de justice, « la circonstance qu'une activité soit, compte tenu de ses modalités concrètes, exclue du champ d'application des règles de concurrence ne signifie pas nécessairement qu'elle est également exclue du champ d'application des règles sur la libre circulation » : CJCE, 18 juillet 2006,

La Cour de justice retient de la participation à l'autorité publique une interprétation stricte : seules sont visées « les activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique » ; doivent être en cause « des prérogatives exorbitantes du droit commun, des privilèges de puissance publique, des pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens »⁸¹ et leur prise en compte doit être limitée « à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États membres de protéger ». Enfin, la présence de telles activités n'entraîne pas l'exclusion du régime de liberté pour la profession dans son ensemble. Les critères d'appréciation sont mis en œuvre par la Cour à partir d'une méthode clairement exposée dans l'arrêt du 21 juin 1974, *Reyners*⁸² : « Une extension de l'exception permise par l'article 55 du TCE (devenu l'article 62 du TFUE) à une profession entière ne serait admissible que dans les cas où les activités ainsi caractérisées s'y trouveraient liées de telle manière que la libéralisation de l'établissement aurait pour effet d'imposer à l'État membre intéressé l'obligation d'admettre l'exercice, même occasionnel, par des non-nationaux, de fonctions relevant de l'autorité publique ; (...) on ne saurait, par contre, admettre cette extension lorsque, dans le cadre d'une profession indépendante, les activités participant éventuellement à l'exercice de l'autorité publique constituent un élément détachable de l'ensemble de l'activité professionnelle en cause »⁸³. Dans un arrêt du 5 octobre 1994, *Van Schaik*, la Cour de

Meca-Medina, Aff. C-519/04 P, *Rec.*, I-06991 et 11 décembre 2007, *Viking*, Aff. C-438/05, *précité*. Pour une application du concept de puissance publique aux activités d'Eurocontrol: CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, Aff. C-364/92, *Rec.*, I-43 et 26 mars 2009, *Selex Sistemi*, Aff. C-113/07 P, *Rec.*, I-02207.

⁸¹ Conclusions de H. Mayras sur l'arrêt *Reyners* cité ci-après.

⁸² CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, Aff. 2/74, *Rec.*, 63, concernant la profession des avocats.

⁸³ Selon la Cour, « l'application éventuelle des restrictions à la liberté d'établissement prévues (...) doit dès lors être appréciée séparément, pour chaque État membre, au regard des dispositions nationales applicables à l'organisation et à l'exercice de cette profession »: arrêt *Reyners*, *précité*, point 50; CJCE, 15 mars 1988, *Commission c/Grèce*, Aff. 147/86, *Rec.*, 1637, point 8, et 22 octobre 2009, *Commission c/Portugal*, Aff. C-438/08, *Rec.*, I-10219, point 35.

justice a par exemple considéré que la reconnaissance de la qualité de contrôleur agréé à des opérateurs établis dans un autre État membre concerne l'extension d'une prérogative de puissance publique, hors du territoire national, et échappe au champ d'application de la liberté⁸⁴.

Dans un arrêt du 1^{er} décembre 2011, *Commission c/Pays-Bas*, la Cour rappelle de façon synthétique sa jurisprudence en relevant que sont exclues du champ de l'exception des activités d'autorité publique, « certaines activités auxiliaires ou préparatoires par rapport à l'exercice de l'autorité publique (...) ou certaines activités dont l'exercice, bien qu'il comporte des contacts, même réguliers et organiques, avec des autorités administratives ou judiciaires, voire un concours, même obligatoire, à leur fonctionnement, laisse intacts les pouvoirs d'appréciation et de décision desdites autorités (...), ou encore certaines activités qui ne comportent pas d'exercice de pouvoirs décisionnels (...), de pouvoirs de contrainte (...) ou de pouvoirs de coercition »⁸⁵. Dans l'arrêt *Reyners*, elle en a jugé ainsi au sujet des activités d'avocat. Elle a considéré que « des prestations professionnelles comportant des contacts, même réguliers et organiques, avec les juridictions, voire un concours, même obligatoire, à leur fonctionnement, ne constituent pas pour autant, une participation à l'exercice de l'autorité publique ». Elle a écarté du champ de l'exception les activités « telles que la consultation et l'assistance juridique, de même que la représentation et la défense des parties en justice, même lorsque l'interposition ou l'assistance de l'avocat est obligatoire ou forme l'objet d'une exclusivité établie par la loi », car « l'exercice de ces activités laisse intacts l'appréciation de l'autorité judiciaire et le libre exercice du pouvoir juridictionnel ». Elle s'est prononcée dans le même sens, excluant une participation directe à l'exercice de l'autorité publique, pour les activités d'entreprises de gardiennage (gardes particuliers assermentés) ou de sécurité privée,

⁸⁴ Aff. C-55/93, *Rec.*, I-04837. Le monopole de la délivrance du certificat de contrôle au bénéfice des seules sociétés soumises à une surveillance des autorités nationales est justifié par les exigences de la sécurité routière.

⁸⁵ Aff. C-157/09, avec l'importante jurisprudence citée, ainsi que les autres arrêts se prononçant sur la profession de notaires, envisagés ci-après.

y compris les activités consacrées à la surveillance ou à la garde de propriétés mobilières ou immobilières. Ces activités n'entrent pas dans le champ des activités participant à l'autorité publique⁸⁶. Dans l'arrêt du 29 avril 2004, *Commission c/Portugal*⁸⁷, la Cour indique clairement que « le fait que les activités de sécurité privée sont exercées dans le cadre d'une relation de complémentarité et de collaboration avec le système de sécurité publique » ne permet pas de justifier une restriction à la liberté de prestation de services.

La Cour de justice s'est prononcée dans une série d'arrêts sur l'activité des notaires et a condamné la condition de nationalité posée par les législations néerlandaise, française, grecque, allemande, autrichienne, portugaise, luxembourgeoise, belge, comme constituant un obstacle à la liberté d'établissement dans ces États⁸⁸. Elle rappelle qu'elle se prononce sur « la nature des activités en cause, prises en elles-mêmes », et non pas au regard du statut particulier des notaires dans chacun des ordres juridiques nationaux. Elle relève que « dans les limites de leurs compétences territoriales respectives, les notaires exercent leur profession dans des conditions de concurrence, ce qui n'est pas caractéristique de l'exercice de l'autorité publique » et qu'ils « sont directement et personnellement responsables, à l'égard de leurs clients, des dommages résultant de toute faute commise dans l'exercice de leurs activités ». Elle en conclut que leurs activités ne participent pas à

⁸⁶ CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c/Espagne*, Aff. C-114/97, *Rec.*, I-06717; CJCE, 9 mars 2000, *Commission c/Belgique*, Aff. C-355/98, *Rec.*, I-01221 ; CJCE, 31 mai 2001, *Commission c/Italie*, Aff. 283/99, *Rec.*, I-04363. Ce dernier arrêt condamne la législation italienne prévoyant que de telles activités ne peuvent être exercées sur le territoire italien, sous condition d'octroi d'une licence, que par des entreprises de sécurité privée ayant la nationalité italienne, et que seuls peuvent être engagés comme gardes particuliers assermentés des ressortissants italiens munis de la licence à cet effet.

⁸⁷ Aff. C-171/02, *Rec.*, I-05645. Voir aussi : 7 octobre 2004, *Commission c/Pays-Bas*, Aff. C-189/03, *Rec.*, I-09289 ; 13 décembre 2007, *Commission c/Italie*, Aff. C-465/05, *Rec.*, I-11091.

⁸⁸ CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/Belgique*, Aff. C-47/08, *Commission c/France*, Aff. C-50/08, *Commission c/Portugal*, Aff. C-52/08, *Commission c/Luxembourg*, Aff. C-51/08, *Commission c/Autriche*, Aff. C-53/08, *Commission c/Allemagne*, Aff. C-54/08 et *Commission c/Grèce*, Aff. C-61/08.

l'exercice de l'autorité publique et que la condition de nationalité requise pour l'accès à cette profession « constitue une discrimination fondée sur la nationalité interdite » par le traité. Elle reprend une motivation identique dans ses arrêts rendus à propos des différents droits nationaux mis en cause et mène son appréciation au regard des différents actes accomplis par les notaires. Elle définit ainsi une jurisprudence perturbatrice des droits nationaux et des valeurs développées autour des concepts de puissance publique et d'autorité publique dans ces États, tout comme elle a pu, par le passé, imposer sa conception autonome de l'administration publique, excluant de la faire dépendre d'un renvoi aux contours institutionnels variables de l'administration d'un État à l'autre, la perception même d'un tel concept ne pouvant faire l'objet d'un consensus en raison des différences entre les traditions juridiques nationales.

2. Les échelles de valeurs dans l'appréciation des motifs légitimes de dérogation à la mobilité

En vertu de l'article 346 du TFUE, les États peuvent prendre les mesures qu'ils estiment nécessaires à la protection de leurs intérêts essentiels dans le domaine de la sécurité nationale, du commerce et de la production des armes, munitions et matériel de guerre. Plus généralement, selon l'article 52 du TFUE, les prescriptions du chapitre relatif au droit d'établissement et les mesures prises en vertu de celles-ci « ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». Cet article est applicable aux activités de services, en vertu de l'article 62 du TFUE. Des motifs similaires sont visés dans le titre relatif à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice⁸⁹. L'interprétation de ces motifs légitimes de restriction, qui trouvent leur substance matérielle dans les ordres

⁸⁹ Selon l'article 72 du TFUE, « le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

juridiques nationaux, est également strictement encadrée par le droit de l'Union, qui exclut toute définition unilatérale de la part des États qui serait préservée d'un contrôle européen. Pour la Cour, « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »⁹⁰. La Cour mène un raisonnement analogue à celui défini dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs⁹¹. De même, les motifs légitimes de dérogation à la libre prestation de services ou d'établissement peuvent interférer avec les restrictions à la libre concurrence dans le cadre d'une même activité⁹². Là encore, les appréciations sont menées de façon autonome et spécifique au contexte de chaque liberté.

Tout en affirmant son autonomie de raisonnement, la Cour tient compte du fait que les « circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre » et que les autorités nationales compétentes doivent disposer d'une marge d'appréciation « dans les limites imposées par le traité ». Lorsqu'elle vérifie si les mesures restrictives de la libre prestation des services sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et si ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins

⁹⁰ Notamment : CJCE, 14 mars 2000, *Église de Scientologie*, Aff. C-54/99, *Rec.*, I-01335.

⁹¹ Arrêts du 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Aff. 41/74, *Rec.*, I-01337 et du 27 octobre 1977, *Bouchereau*, Aff. 30/77, *Rec.*, 1999.

⁹² Par exemple, dans les arrêts du 23 octobre 1997, *Commission c/Pays-Bas* (Aff. C-157/94, *Rec.*, I-5699) et du 18 juin 1998, *Corsica Ferries France* (Aff. C-266/96, *Rec.*, I-3949), la Cour juge qu'une réglementation nationale peut imposer « aux entreprises de transport maritime établies dans un autre État membre, lorsque leurs navires font escale dans les ports du premier État membre, de recourir moyennant rémunération aux services des groupes de lamaneurs locaux titulaires de concessions exclusives dès lors que, d'une part, une telle réglementation ne comporte aucune discrimination ostensible ou déguisée contraire auxdites dispositions et que, d'autre part, même si elle constituait une entrave à la libre prestation du service de lamanage ou à la libre prestation des services de transport maritime, dans la première hypothèse, les conditions d'application de l'article 90, paragraphe 2, du traité CE seraient réunies et, dans la seconde, la réglementation serait justifiée par des considérations de sécurité publique au sens de l'article 56 du traité CE ».

restrictives, elle indique, qu'il « n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » et que « la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État ». Il en est de même en matière de sécurité publique⁹³ et de santé publique⁹⁴. Si la teneur matérielle dans la protection de ces motifs peut varier, leur prise en compte tient à ce qu'ils sont partagés et considérés comme légitimes par l'Union et ses États membres. Dans l'arrêt *Josemans* du 16 décembre 2010, la Cour relève ainsi que « la lutte contre le tourisme de la drogue et les nuisances qu'il draine », « se rattache tant au maintien de l'ordre public qu'à la protection de la santé des citoyens, et cela aussi bien au niveau des États membres qu'à celui de l'Union »⁹⁵.

Dans le domaine des jeux de hasard et des loteries, qui entrent dans le champ de la libre prestation de service et de la liberté d'établissement⁹⁶ et qui font l'objet du Livre vert de la Commission sur les jeux en ligne du 24 mars 2011⁹⁷, la Cour de justice mène un raisonnement similaire. Elle a eu l'occasion de statuer dans différentes affaires intéressant la Suède, l'Allemagne, l'Autriche,

⁹³ Notamment : CJUE, 20 novembre 2001, *Jany*, C-268/99, *Rec.*, I-8615.

⁹⁴ CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c/Allemagne*, C-141/07, *Rec.*, I-6935 ; plus récemment, CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, C-159, 160 et 161/12, *nep.*

⁹⁵ C-137/09, *Rec.*, I-13019.

⁹⁶ CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, Aff. C-275/92, *Rec.*, I-01039, qui juge que « les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services ne s'opposent pas à une législation du type de la législation britannique sur les loteries compte tenu des préoccupations de politique sociale et de prévention de la fraude qui la justifient ».

⁹⁷ COM (2011) 128 Final. La question du rôle des autorités nationales dans la réglementation des jeux de hasard a fait l'objet d'une conférence européenne le 12 octobre 2010 visant à faire progresser le débat sur le rôle de ces autorités et sur les exigences de la prévention des jeux de hasard clandestins et l'impact social des jeux de hasard. La Commission européenne a également adopté en 2012 une Communication : *Vers un cadre européen global pour les jeux en ligne*.

la France, la Finlande, l'Italie, le Portugal ou encore l'Espagne. Elle a admis que la liberté d'établissement et la libre prestation de services peuvent être restreintes par des motifs légitimes tels que la protection des consommateurs, la sécurité juridique, la lutte contre la fraude, l'addiction aux jeux et l'incitation à une dépense excessive liée aux jeux⁹⁸. Elle peut aussi être amenée à prendre en compte la protection contre une « atteinte substantielle aux intérêts de l'État et des habitants du territoire administratif concerné »⁹⁹. Elle s'est prononcée à propos de réglementations nationales qui prévoient un régime d'exclusivité pour l'organisation et la promotion de jeux de hasard en faveur d'un seul opérateur et qui interdisent à tout autre opérateur de proposer par Internet ce type de jeux¹⁰⁰. Selon la Cour, les États sont « libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et de définir avec précision le niveau de protection recherché »¹⁰¹. La même

⁹⁸ Notamment : CJCE, 8 septembre 2010, *Carmen Media Group*, Aff. C-46/08, *Rec.*, I-8149.

⁹⁹ Notamment : Conclusions sur l'arrêt C-470/11, *précitées*.

¹⁰⁰ CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, Aff. C-203/08, *Rec.*, I-04695, qui précise comment les principes d'égalité de traitement et de transparence sont applicables aux procédures d'octroi et de renouvellement d'agrément au profit d'un opérateur unique. Voir aussi l'arrêt du même jour, *Ladbrokes Betting*, Aff. C-258/08, *Rec.*, I-04757, (à propos du refus d'octroyer une autorisation d'exploitation à un opérateur disposant d'une autorisation dans d'autres États membres) et l'arrêt du 30 juin 2011, *Zeturf*, Aff. C-212/08, (à propos des paris hippiques en ligne en France et prenant en compte comme raison impérieuse d'intérêt général, « les objectifs de lutte contre l'assuétude au jeu et contre les activités frauduleuses et criminelles ainsi que de contribution au développement rural ») ou encore celui du 15 septembre 2011, *Dickinger*, Aff. C-347/09, (à propos d'une réglementation autrichienne prévoyant un monopole d'exploitation pour les jeux de casino sur Internet, réservé aux seules sociétés de capitaux ayant leur siège social sur le territoire national et une interdiction pour le titulaire du monopole de créer une succursale en dehors de l'État membre d'établissement et que la Cour considère comme pouvant être justifiée par une volonté de l'État d'assurer un niveau de protection particulièrement élevé des consommateurs dans le secteur des jeux de hasard).

¹⁰¹ Arrêt *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, *précité*, point 59.

jurisprudence s'applique aux activités de publicité pour des jeux de hasard¹⁰².

Les motifs légitimes de restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services ont été enrichis par la référence par la Cour de justice aux raisons impérieuses d'intérêt général qui recouvrent un champ plus large que les motifs visés par le traité. En matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services, la Cour a notamment considéré comme telles : des exigences liées à la reconnaissance mutuelle des diplômes et les conditions d'exercice des professions¹⁰³, des exigences fiscales telles que l'efficacité des contrôles fiscaux¹⁰⁴ ou la lutte contre le risque d'évasion fiscale¹⁰⁵ ou encore la cohérence du système fiscal¹⁰⁶; la loyauté des transactions commerciales¹⁰⁷; la protection de la propriété industrielle et commerciale, dans son objet spécifique¹⁰⁸; la garantie de

¹⁰² Selon la Cour, « une réglementation nationale qui a pour effet d'interdire la promotion dans un État membre des jeux de hasard organisés licitement dans d'autres États membres constitue une restriction à la libre prestation des services » qui peut être justifiée. Notamment : CJUE, 8 juillet 2010, *Sjöberg et Gerdin*, Aff. C-447/08 et C-448/08, *Rec.*, I-6921 et les conclusions de M. Ján MAZAK du 17 avril 2012 sur l'affaire *HIT hoteli*, Aff. C-176/11, à propos de « la réglementation d'un État membre en vertu de laquelle la publicité visant à promouvoir dans ledit État des établissements de casino situés dans un autre État membre n'est autorisée qu'à condition que les dispositions légales adoptées dans cet autre État membre en matière de protection des joueurs apportent des garanties en substance équivalentes à celles des dispositions légales correspondantes en vigueur dans le premier État membre ».

¹⁰³ CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, Aff. C-340/89, *Rec.*, I-2357; 25 juillet 1991, *Gouda*, Aff. C-353/89, *Rec.*, I-4007; 31 mars 1993, *Kraus*, Aff. C-19/92, *Rec.*, I-1663; 30 novembre 1995, *Gebhard*, Aff. C-55/94, *Rec.*, I-4165; 26 février 1991, *Commission c/France*, Aff. C-154/89, *Rec.*, I-659, et même jour, *Commission c/Italie*, Aff. C-180/89, *Rec.*, I-709 et *Commission c/République hellénique*, Aff. C-198/89, *Rec.*, I-727, *affaire dite des guides touristiques*.

¹⁰⁴ CJCE, 15 mai 1997, *Futura Participations*, Aff. C-250/95, *Rec.*, I-2471 et 8 juillet 1999, *Baxter*, Aff. C-254/97, *Rec.*, I-4809.

¹⁰⁵ Not. CJCE, 16 juillet 1998, *ICI*, Aff. C-264/96, *Rec.*, I-04695 et 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, Aff. C-196/04, *Rec.*, I-7995.

¹⁰⁶ CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, Aff. C-204/90, *Rec.*, I-249 et 13 décembre 2005, *Marks et Spencer*, Aff. C-446/03, *Rec.*, I-10837.

¹⁰⁷ CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, Aff. C-167/01, *précité*.

¹⁰⁸ CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffert*, Aff. C-255/97, *Rec.*, I-2835.

la qualité de travaux d'artisanat et la protection des destinataires de ces travaux¹⁰⁹; la protection des consommateurs¹¹⁰, la sécurité de la navigation ou la politique nationale des transports et la protection de l'environnement¹¹¹; l'aménagement du territoire¹¹²; le droit pour les travailleurs de mener une action collective¹¹³ et des objectifs de protection sociale des travailleurs¹¹⁴; des exigences de sécurité routière¹¹⁵. Concernant les activités de notaire, la Cour a relevé que « les objectifs d'intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constituent une raison impérieuse d'intérêt général qui permet de justifier d'éventuelles restrictions à l'article 43 CE (devenu l'article 49 TFUE) découlant des spécificités propres à l'activité notariale »¹¹⁶.

Cette réception par le droit de l'Union de la diversité des États traduit un souci de respecter l'identité nationale des États et la perception nationale des valeurs et traditions qu'elle incarne. De

¹⁰⁹ CJCE, 3 octobre 2000, *Corsten*, Aff. C-58/98, *Rec.*, I-7919.

¹¹⁰ Récemment : CJUE, 18 juillet 2013, *Citroën Belux NV*, C-265/12, *nep.*; en matière de bonne administration de la justice : CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla et Capodarte*, Aff. jointes C-94/04 et C-204/04, *Rec.*, I-11421; dans le domaine des assurances : CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/France*, Aff. 220/83, *Rec.*, 3663, et *Commission c/Allemagne*, Aff. 205/84, *Rec.*, 3755; dans le domaine des services bancaires : CJCE, 5 octobre 2004, *Caixabank c/France*, Aff. C-442/02, *Rec.*, I-8961.

¹¹¹ CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia*, Aff. C-18/93, *Rec.*, I-1783.

¹¹² CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, Aff. C-302/97, *Rec.*, I-03099.

¹¹³ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, Aff. C-341/05, *Rec.*, I-11767.

¹¹⁴ CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, Aff. C-346/06, *Rec.*, I-1989; Récemment: CJUE, 7 novembre 2013, *Tevfik Isbir*, C-522/12, *nep.*

¹¹⁵ CJCE, 22 octobre 2009, *Commission c/Portugal*, Aff. C-438/08, *Rec.*, I-10219 et 11 mars 2010, *Attanasio*, Aff. C-384/08, *Rec.*, I-02055.

¹¹⁶ « Telles que l'encadrement dont les notaires font l'objet au travers des procédures de recrutement qui leur sont appliquées, la limitation de leur nombre et de leurs compétences territoriales ou encore leur régime de rémunération, d'indépendance, d'incompatibilités et d'inamovibilité, pour autant que ces restrictions permettent d'atteindre lesdits objectifs et sont nécessaires à cette fin »: CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Commission c/Pays-Bas*, Aff. C-157/09, *précité*, point 70, citant les arrêts *précités* du 24 mai 2011, *Commission c/Belgique*, point 97; *Commission c/France*, point 87; *Commission c/Luxembourg*, point 97; *Commission c/Autriche*, point 96; *Commission c/Allemagne*, point 98, et *Commission c/Grèce*, point 89.

même, la Cour range, parmi ces motifs légitimes de restriction aux libertés fondamentales garanties par les traités, la protection des droits fondamentaux dans les États. Comme le souligne l'arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003, « le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises »¹¹⁷. Dans l'arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*¹¹⁸, elle juge que le droit allemand peut restreindre la libre prestation de services sur son territoire en interdisant l'exploitation de jeux consistant à « jouer à tuer », par la simulation d'actes homicides, car cette activité peut être considérée dans cet État comme une menace à l'ordre public par l'atteinte qu'elle porte « à une valeur fondamentale consacrée par la constitution nationale, à savoir la dignité humaine ». Elle relève que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit » et qu'il « ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome »¹¹⁹. Ainsi, dans l'appréciation des motifs légitimes de restriction aux libertés fondamentales, la Cour peut être conduite à

¹¹⁷ Aff. C-112/00, *Rec.*, I-05659, qui posait à la Cour « la question de la portée respective des libertés d'expression et de réunion, garanties par les articles 10 et 11 de la CEDH, et de la libre circulation des marchandises, lorsque les premières sont invoquées en tant que justification d'une restriction à la seconde » et qui conclut qu'en laissant des manifestants occuper l'autoroute du Brenner, empêchant ainsi la circulation routière pendant une durée de près de 30 heures, les autorités nationales n'ont pas causé une restriction injustifiée et disproportionnée à la libre circulation des marchandises.

¹¹⁸ Aff. C-36/02, *Rec.*, I-09609.

¹¹⁹ Puis, elle applique sa jurisprudence constante selon laquelle « le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire,

intégrer des valeurs fondamentales consacrées par le droit constitutionnel d'un État et à se prononcer en fonction de la substance matérielle particulière qu'il leur confère.

Cette solution mérite d'être mise en rapport avec celle adoptée dans l'arrêt du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*¹²⁰, où la libre prestation de services et le détachement de travailleurs dans le domaine de la construction étaient confrontés au droit pour des organisations syndicales de mener une action collective. Selon cet arrêt, ce droit « ayant pour but la protection des travailleurs de l'État d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général, au sens de la jurisprudence de la Cour, de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité ». C'est bien la dimension sociale de la construction européenne et sa capacité à protéger des valeurs et intérêts non économiques qui est en question. Elle a donné lieu à une proposition de règlement, relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services¹²¹. Il s'agissait de définir plus clairement les principes généraux et les règles applicables au niveau de l'Union en ce qui concerne l'exercice du droit fondamental de mener des actions collectives dans le cadre de la libre prestation des services et de la liberté d'établissement, y compris la nécessité de concilier en pratique ces droits et libertés dans les situations transfrontières ». Cette proposition visait à mieux identifier ces intérêts légitimes sur le marché intérieur, qu'elle posait comme une question de valeurs pour celui-ci. Ainsi, dans l'exposé de son contexte général, elle soulignait que la jurisprudence de la

même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services ».

¹²⁰ Aff. C-341/05, *Rec.*, I-11767. Voir aussi : CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, Aff. C-438/05, *Rec.*, I-10779 et 3 avril 2008, *Rüffert*, Aff. C-346/06, *Rec.*, I-01989.

¹²¹ Proposition du 21 mars 2012, COM (2012) 130 Final, qui « couvre non seulement le détachement temporaire de travailleurs dans un autre État membre aux fins de la prestation transfrontière de services, mais aussi tout projet de restructuration ou de délocalisation impliquant la participation de plus d'un État membre ».

Cour de justice a « mis en évidence les écarts qui existent entre le marché unique et la dimension sociale au niveau national » et a « ravivé une ancienne fracture qui n'avait jamais été comblée, à savoir le clivage entre ceux qui préconisent une plus grande intégration des marchés et ceux pour lesquels le fait d'invoquer les libertés économiques et de demander la suppression des entraves réglementaires représente une façon détournée d'obtenir le démantèlement de droits sociaux protégés au niveau national ». Elle soulignait que « la résurgence de ce clivage pourrait avoir pour effet qu'une partie de l'opinion publique, des associations de travailleurs et des syndicats, devenue au fil du temps un des principaux défenseurs de l'intégration économique, se retourne contre le marché unique et l'Union européenne ». La question des valeurs de l'Union était ainsi portée au centre d'une telle proposition dans des termes semblables aux débats et fortes résistances nationales suscités par la directive « services » adoptée après un long temps de négociation, en avril 2006¹²². Face à l'opposition des syndicats et du patronat européens et de douze Parlements nationaux¹²³, qui ont eu recours à la procédure dite du « carton jaune » au nom du respect du principe de subsidiarité, cette proposition a été retirée mi-septembre 2012 par la Commission, considérant la procédure du carton jaune non applicable et motivant ce retrait par des raisons politiques.

Enfin, des variations dans le recours aux motifs légitimes de restriction des libertés peuvent tenir aux circonstances spécifiques

¹²² Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO, 27 décembre 2006, L 376/36. Voir aussi : Décision 2011/130/UE de la Commission du 25 février 2011, établissant des exigences minimales pour le traitement transfrontalier des documents signés électroniquement par les autorités compétentes conformément à la directive 2006/123/CE (qui vise à faciliter la vérification des signatures électroniques. JO, 26 février 2011, L 53) et la Communication de la Commission du 27 janvier 2011: *Vers une amélioration du fonctionnement du marché unique des services. Tirer pleinement profit des résultats du processus d'évaluation mutuelle prévu par la directive «services»*, COM (2011) 20 Final.

¹²³ Voir, notamment, la Résolution européenne adoptée le 22 mai 2012 par le Sénat français, portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de cette proposition de règlement.

à chaque État et le droit de l'Union n'impose pas une conception uniforme qui soit partagée entre tous les États membres, alors même que les intérêts ou les droits fondamentaux dont il s'agit d'assurer la protection sont reconnus à la fois dans l'ordre juridique de l'Union et dans celui de ses États. Dans l'arrêt du 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, la Cour rappelle qu'elle prend en considération ces variations d'un État à l'autre dans la protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause et que « la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État ». Devant se prononcer sur l'interdiction de porter un titre de noblesse en Autriche, expression du principe général d'égalité en droit des citoyens autrichiens, la Cour prend en compte l'identité nationale qui comprend la forme républicaine de l'État autrichien et y voit un motif légitime de restriction à la libre circulation¹²⁴. Si le principe général d'égalité est un principe partagé entre les États membres et fait partie des valeurs communes de l'Union¹²⁵, la Cour n'en admet pas moins qu'il peut produire un sens constitutionnel variable selon les États membres.

La prise en compte de l'identité nationale des États revêt une dimension particulière en matière de diversité linguistique et culturelle et au regard de la défense par les États de leurs langues officielles au plan national ou régional¹²⁶. Il en est ainsi pour

¹²⁴ Aff. C-208/09, *Rec.*, I-13693. Dans cet arrêt, la Cour considère comme justifiée et proportionnée, une restriction à la libre circulation et au droit de séjour des citoyens de l'Union tenant au refus de la part des autorités autrichiennes de reconnaître dans un nom patronymique un titre de noblesse qui n'est pas admis en droit constitutionnel autrichien.

¹²⁵ La Cour souligne, par une formulation proche de celle de l'arrêt *Omega* à propos de la dignité humaine, que « l'ordre juridique de l'Union tend indéniablement à assurer le respect du principe d'égalité en tant que principe général du droit. Ce principe est également consacré à l'article 20 de la charte des droits fondamentaux. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de respecter le principe d'égalité est compatible avec le droit de l'Union ».

¹²⁶ Notamment : CJCE, 28 novembre 1989, *Groener*, C-379/87, *Rec.*, 3967, point 19; CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium*, C-250/06, *Rec.*, I-11135, point 41; CJCE, 5 mars 2009, *Unión de Televisiones*

toutes les libertés de circulation, les intérêts des sociétés et ceux des personnes qu'elles emploient étant par ailleurs intimement liés, comme le montre l'arrêt de la Cour du 16 avril 2013, *Las*¹²⁷, qui marque en même temps une certaine banalisation de la prise en compte de l'identité nationale des États, y compris dans sa teneur régionale et locale, comme raison impérieuse d'intérêt général, dans le respect de la primauté du droit de l'Union. La Cour juge en effet dans cet arrêt que le décret flamand sur l'emploi des langues dans les relations contractuelles transfrontalières de travail constitue une entrave disproportionnée à la liberté fondamentale de circulation des travailleurs dans l'Union, dont le bénéfice était invoqué par la société employeur.

Conclusion

La mobilité des sociétés se pose, à l'Union comme à ses États membres, en termes de valeurs face à la concurrence des droits nationaux et à leur diversité, non seulement dans le domaine des sociétés, mais aussi en matière professionnelle, sociale, fiscale, comptable, financière... Elle peut atteindre des valeurs sociales fondamentales et des intérêts publics essentiels des États. Pour être effective sur le territoire de l'Union, elle exige davantage que l'affirmation du principe et de l'effet direct des libertés d'établiss-

Comerciales Asociadas (UTECA), C-222/07, *Rec.*, I-1407, point 27; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, *Rec.*, I-3787, point 85.

¹²⁷ CJUE, gde ch, 16 avril 2013, *Las*, C-202/11, *nep*; en ce sens, notre commentaire dans la *Revue des affaires européennes*, 2013-2, p. 375: l'arrêt *Las* applique la jurisprudence selon laquelle, « pour être efficace et utile, le droit des travailleurs d'être engagés et occupés sans discrimination doit nécessairement avoir comme complément le droit des employeurs de les engager dans le respect des règles en matière de libre circulation des travailleurs » (CJCE, 7 mai 1998, *Clean Car Autoservice*, C-350/96, *Rec.*, I-2521, point 25; CJCE, 11 janvier 2007, *ITC*, C-208/05, *Rec.*, I-181, point 26; CJUE, 13 décembre 2012, *Caves Krier Frères Sarl*, C-379/11, *nep*, points 28 et 43 à 45. Pour un raisonnement analogue « lorsqu'un prestataire de services est mis dans l'impossibilité d'effectuer une activité transfrontalière en raison des obstacles qui sont mis à l'activité des travailleurs qu'il emploie »: Conclusions de l'avocat général MISCHO, du 13 mai 2003 (points 201 à 204) sur les arrêts *Eran Abatay*, C-317/01 et *Nadi Sahin*, C-369/01, 21 octobre 2003, *Rec.*, I-12301.

sement et de prestation de services. Car, les modalités juridiques du déplacement des sociétés relèvent des droits nationaux. Or, ces derniers peuvent être facteurs de contraintes telles que la mobilité par l'implantation ou le changement d'établissement principal des sociétés d'un État à l'autre devient un leurre. C'est ainsi que le droit à la mobilité transnationale des sociétés doit être concilié avec d'autres valeurs protégées par les États et/ou par l'Union, tant dans la définition de ses conditions positives de réalisation que dans l'identification des motifs légitimes justifiant ses restrictions. Les valeurs et les objectifs recherchés, tels que la protection de la sécurité juridique, des associés, des actionnaires, des tiers ou des travailleurs, ne divergent pas fondamentalement dans leur principe. Qu'ils interviennent pour la concrétisation effective de la mobilité ou au moment de ses limitations, ils n'exigent pas nécessairement une identité dans leur teneur matérielle entre l'Union et ses États membres. Cependant, ils trouvent dans les États un champ cloisonné de protection alors qu'ils sont dans l'Union d'une substance transnationale. Leur sens et leurs implications sur le territoire de l'Union en dépendent. C'est pourquoi les avancées progressives de la rencontre entre valeurs européennes et nationales s'imposent et impliquent le dépassement d'un rapport de concurrence entre les droits nationaux pour s'orienter vers une convergence croissante à même d'exprimer positivement, en droit de l'Union, une unité de valeur, marquant le lien entre les différents intérêts en présence et intégrant le progrès social comme objectif fondamental de l'Union dans le respect de la diversité nationale des États.

Bibliographie indicative

- BENOÎT-ROHMER (F.), « Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit ? », *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUÉ, D.*, 2010, p. 63.
- CONSTANTINESCO (VI.), « La confrontation entre identité européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie? », *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Ph. MANIN, A. Pedone*, 2010, p. 79.
- COTIGA (A.), *Le droit européen des sociétés. Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, 2013, Larcier, Bruxelles, Collection Europe(s), 448 p.
- DAMMANN (R.) et MENJUCQ (M.), « L'Union devrait ranger parmi ses priorités l'unification des règles de droit international privé concernant les sociétés commerciales », *Rapport au Ministère de la justice*, N. LENOIR, *La societas europaea ou SE. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La Documentation française, 2007, p. 292.
- DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit européen des affaires*, LGDJ, 2010, 528 p.
- DUBOS (O.) et KAUFFMANN (P.), *L'Europe des services. L'approfondissement du marché intérieur*, Pedone, Collection Droits européens, 2009, 140 p.
- DUBOUIS (L.) et BLUMANN (Cl.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Collection Domat droit public, 2012, 805 p.; *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Manuels, 2013, 620 p.
- GAVALDA (C.), PARLEANI (G.), *Droit des affaires de l'Union Européenne*, Litec/LexisNexis, 2010, 583 p.
- GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 1994, 836 p.
- GREWE (C.) et RIDEAU (J.), « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: flash-back sur le coming-out d'un concept ambigu », *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUÉ, D.*, 2010, p. 145.
- HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, 555 p.
- JACQUÉ (J.-P.), « La communautarisation des politiques nationales », *Pouvoirs*, n°48, 1989, *Europe* 1993, p. 29 ; *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz-Sirey, 7^e éd., Collection « Cours Dalloz », 2012, 788 p. ;
- LENAERTS (K.), « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, p. 3 ; « Self-employed and Europe: Small businesses and the freedom to provide services », *European Journal of Social Law*, 2011, 1 (1), p. 32 ; « The Principle of Equal Treatment and the European Court of Justice », *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013 (3), p. 461.
- LENOIR (N.), *Rapport Ministère de la justice, La societas europaea ou SE. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La Documentation française, 2007, 322 p.

- MARTIN (D.), *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lecture d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p.
- MASTRULLO (Th.), *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, PUAM 2009, 641 p.
- MENJUCQ (M.), *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Thèse, Paris, LGDJ, 1997, t. 285, 498 p.; « Rattachement de la SE et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement: incompatibilité ou paradoxe ? », *D.* 2003, p. 2874 ; « Un modèle de mobilité: la société européenne », *JCP E Cahier de droit de l'entreprise*, n° 2, mars-avril 2006, p. 35 ; « Note sur la citoyenneté européenne de la SE, Une nationalité pour la SE ? », *Rapport au Ministère de la justice*, N. LENOIR, *La societas europaea ou SE. Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, La Documentation française, 2007, p. 306 ; *Droit international et européen des sociétés*, Collection Domat droit privé, Montchrestien, 2011, 598 p.
- MOUTON (J.-D.), « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Ph. MANIN*, A. Pedone, 2010, p. 145.
- MOUTON (J.-D.) et BARBATO (J.-Ch.) (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne?: Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, 2010, 332 p.
- MUSTAKI (G.) et ENGAMMARE (V.), *Droit européen des sociétés*, Collection Dossiers de droit européen, Bruylant, LGDJ, 2009, 458 p.
- NOURISSAT (C.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Dalloz, 2012, 400 p.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.), LUBY (M.), *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998, 589 p.
- POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant 2010, Collection « Colloques Jean Monnet », 700 p.; *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Collection « Colloques Jean Monnet », 2010, 510 p.; *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Collection « Colloques Jean Monnet », 2012, 577 p.; *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Collection « Colloques Jean Monnet », 2014 (en cours de parution).
- PRIETO (C.), « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTD eur.*, juillet- septembre 2003, p. 489.
- REVUE DES AFFAIRES EUROPÉENNES (RAE) 2009-2010-2, *Le droit des discriminations en Europe: Contributions pour une construction en cours*.
- RIDEAU (J.), « Sources non écrites du droit de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe traité*, fasc. 191; « Les valeurs de l'Union européenne », *RAE*, 2012, p. 329.

- SANTORO (G.), « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *Revue internationale de droit économique* 3/ 2010 (t.XXIV) , p. 351 .
- SAIZ ARNAIZ (A.) et ALCOBERRO LLIVINA (C.) (dir.), *National Constitutional Identity and European Integration* , Law & Cosmopolitan Values, Volume 4, Intersentia 2013, 338 p.
- SCHIRMANN (S.), *L'Europe par l'économie ? Des projets initiaux aux débats actuels*, Publications de la Maison de Robert Schuman, 3, Études et travaux, Peter Lang, Bruxelles, 2013, 211 p.
- VAN RAEPENBUSCH (S.), « Les multiples expressions du principe de l'égalité de traitement dans la jurisprudence récente de la CJCE relative aux personnes », *Mélanges en l'honneur de Ph. LÉGER*, *Le DROIT à la mesure de l'HOMME*, Pedone, 2006, p. 299
- VOGEL (L.), *Droit européen des affaires*, Précis Dalloz, 2012, 966 p.