

Jedność w różnorodności? Zróżnicowanie prawa i polityki UE w rozszerzonej Unii Europejskiej

dr Andrea Ott



Centrum Europejskie Natolin
Warszawa • 2004

Spis treści

1. Ponadnarodowość a dezintegracja	5
2. Różne formy elastyczności w polityce i prawie UE	7
3. Zróżnicowanie poakcesyjne	11
3.1. Zróżnicowanie za pomocą traktatów akcesyjnych	11
3.2. Derogacje tymczasowe od dorobku wspólnotowego	12
3.2.1. Derogacje od dorobku Schengen	12
3.2.2. Derogacja od Unii Gospodarczo-Walutowej (UGW)	14
3.2.3. Derogacja tymczasowa od dorobku dotyczącego rynku wewnętrznego ..	15
3.2.3. I Przykład: Przepływ pracowników	17
3.2.3. II Przykład: Przepływ kapitału	23
3.3. Klauzule ochronne	24
3.3.1. Ogólna klauzula ochronna określona w art. 37 Aktu przystąpienia	24
3.3.2. Klauzule ochronne dotyczące rynku wewnętrznego, polityk sektoro- wych, spraw karnych i zagadnień obywatelskich, artykuły 38 i 39 Aktu przystąpienia	25
3.3.3. Klauzule ochronne w traktatach o przystąpieniu z Bułgarią oraz Rumunią	27
3.4. System przejściowy	28
3.5. Wnioski: Elastyczna, ale złożona sytuacja prawna	28
4. Zróżnicowanie poprzez Konstytucję UE	29
4.1. Wprowadzenie ogólnej klauzuli upoważniającej	29
4.2. Amsterdamska wersja ściślejszej współpracy	30
4.3. Zmiany nicejskie oraz zmiany projektu konstytucji w zakresie wzmoc- nionej współpracy	31
4.4. Co stanie się z ogólną klauzulą upoważniającą po rozszerzeniu	33
5. Poszerzanie i pogłębianie: ramy konstytucyjne rozszerzenia UE	38
5.1. Zobowiązanie spójności oraz jedności prawa	40
5.2. Zasada solidarności i równości państw	41
5.3. Zasady demokracji oraz państwa prawa	43
5.4. Analiza	43
6. Trybunał sprawiedliwości a zróżnicowanie	46
7. Wnioski: ile jedności w różnorodności	49
O Autorze	96

Table of contents:

1. Supranationality versus disintegration	52
2. Different forms of flexibility in EU policy and law	54
3. Differentiation after accession	58
3.1. Differentiation through the Accession Treaties	58
3.2. Temporary derogations from the <i>acquis communautaire</i>	59
3.2.1. Derogations from the Schengen <i>acquis</i>	59
3.2.2. Derogation from the Economic and Monetary Union (EMU)	61
3.2.3. Temporary derogations in regard to the internal market <i>acquis</i>	62
3.2.3. 1 Example: Movement of workers	63
3.2.3. 2 Example: Movement of capital	69
3.3. Safeguard clauses	70
3.3.1. General safeguard clause in Article 37 of the Act of Accession	70
3.3.2. Safeguard clauses regarding internal market, sectoral policies, criminal and civil matters, Articles 38 and 39 Act of Accession	71
3.3.3. Safeguard clauses in the Accession Treaties with Bulgaria and Romania ..	73
3.4. Transitional regime	74
3.5. Conclusions: Flexible but complex legal situation	74
4. Creating differentiation through the EU Constitution	75
4.1. Introduction of a general enabling clause	75
4.2. The Amsterdam version of closer co-operation	76
4.3. The Nice and Draft Constitution amendments of enhanced co-operation ..	77
4.4. What happens to the general enabling clause after enlargement	79
5. Widening and deepening: the constitutional framework of EU enlargement ..	83
5.1. The Obligations of Coherence and Unity of Law	85
5.2. The Principle of Solidarity and Equality of States	86
5.3. The Principles of Democracy and Rule of Law	88
5.4. Analysis	88
6. The European Court of Justice and differentiation	91
7. Conclusions: How much unity in diversity	93
About the Author	96

1. Ponadnarodowość a dezintegracja

System prawa europejskiego oraz jego autonomia zostały zbudowane na strukturze prawnej złożonej z fundamentalnych zasad ponadnarodowości, nadrzędności i integracji.¹ Struktura ta została rozbudowana przez Trybunał Sprawiedliwości za sprawą orzecznictwa wydanego od czasu powstania Wspólnot Europejskich, które jest przestrzegane przez państwa członkowskie. Uderzająca jest prostota i nieskomplikowanie europejskiej struktury prawnej, a także jej atrakcyjność, szczególnie z punktu widzenia prawników. Cechy te wynikają z faktu, iż system prawny wspólnoty wydaje się symbolizować zasadę państwa prawa przełożoną na działanie i stoi w opozycji do międzynarodowych systemów prawnych.

Mimo istnienia wspomnianych fundamentalnych zasad, kształtujących porządek prawny UE, ciągle zmiany traktatów oraz poszczególne etapy rozszerzenia Unii Europejskiej, najpierw z sześciu do piętnastu, a następnie do dwudziestu pięciu państw członkowskich, sprawiły, że pojęcia dezintegracji czy, innymi słowy, elastyczności, stały się w pełni uprawnionymi pojęciami, charakteryzującymi Unię Europejską jako podmiot prawny od czasu wprowadzenia w życie Traktatu z Maastricht.² Niezależnie od tego, czy zjawiska, które kryją się pod tymi pojęciami, mają skutek pozytywny, czy negatywny, lub czy leżą w interesie integracji UE, należy przyznać, że prawo europejskie przebyło długą drogę od zasady ponadnarodowości³ do „zasady” dezintegracji.⁴ Ponadnarodowość jest definiowana jako akceptacja państw członkowskich interesów Wspólnoty, ustanowienie skutecznej władzy wspólnotowej i autonomii oraz zapewnienie skuteczności prawa wspólnotowego.⁵ Dezintegracja czy zróżnicowanie są w mniejszym stopniu zasadą, a raczej stanowią mieszaninę różnych koncepcji. Znajdują one swój wyraz w art. 6 ust. 3 UE,⁶ który podkreśla tożsamość

¹ Odnośnie do kształtowania się tych zasad w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości patrz: J. Weiler, *The Transformation of Europe*, str. 19, w J. Weiler, *The Constitution of Europe*, (1999).

² J. Shaw, *European Union Legal Studies in a Crisis?*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1996, str. 231-253.

³ Odnośnie do ponadnarodowości jako pierwotnej zasady patrz: H. P. Ipsen, *Über Supranationalität*, str. 97, w Ipsen (red.) *Verfassungsperspektiven der europäischen Integration* (1984). Patrz głównie: A. von Bogdandy, *Doctrine of Principles*, *Jean Monnet Working Paper* nr 9/03.

⁴ Należy stwierdzić w tym miejscu, że pojęcia te nie mogą być scharakteryzowane jako pełnoprawne zasady konstytucyjne, lecz raczej jako charakterystyczne cechy systemu prawnego, patrz w tym kontekście również: A. von Bogdandy, *op. cit.*, str. 47.

⁵ Ipsen, *op.cit.*, lub patrz definicja Pierre Pescatore’a, zgodnie z którą ponadnarodowość polega na uznaniu przez grupę państw pewnych wspólnych interesów i wartości oraz stworzeniu skutecznej władzy wspólnotowej oraz autonomii tej władzy, P. Pescatore, *The Law of Integration* (1974) str. 26.

⁶ Von Bogdandy, *op. cit.*, str. 53.

narodową poszczególnych państw członkowskich, a także w motcie konstytucji unijnej (art. I-6a: „Jedność w różnorodności”). Z kolei niektórzy definiują dezintegrację, czy różnorodność, jako środek zachowania indywidualności, lokalności, regionalności i państwa narodowego.⁷

Autor niniejszego opracowania broni tezy, że mimo wszystkich tendencji prowadzących do Europy złożonej z „elementów”⁸ lub „dezintegracji”, fundament konstytucyjnego porządku prawnego Unii Europejskiej stanowią pewne zasady podstawowe, które muszą znaleźć swoje miejsce w obecnym procesie rozszerzenia Wspólnoty oraz w traktacie o przystąpieniu. W ramach ostatniego rozszerzenia do Unii przyjęto 10 krajów, które nie są w pełni gotowe pod względem prawnym i gospodarczym do przystąpienia. Niektóre warunki Traktatu o przystąpieniu odzwierciedlają nieufność Piętnastki wobec 10 nowych członków i ich zdolności do stosowania prawa unijnego. Aby pogodzić potrzeby tych państw z potrzebami starych państw członkowskich oraz rozładować napięcia polityczne i gospodarcze, nowe państwa członkowskie objęto ścisłym reżimem prawnym, określającym zróżnicowane normy, a także zwolniono je z pełnego stosowania *acquis* na czas określony lub nieokreślony. Wspomniane zróżnicowanie powoduje powstanie złożonego systemu prawnego, który zaburza jedność prawa wspólnotowego i wymaga wyraźnego określenia minimalnych wspólnych norm lub fundamentalnych zasad, które będą stosowane przez wszystkie 25 państw członkowskich.

⁷ J. Shaw, *European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic*, *op. cit.*, str. 232.

⁸ D. Curtin, *The Constitutional Structure of the European Union: A Europe of Bits and Pieces* CMLRev 1993, str. 17-70 a także opracowania dotyczące form zróżnicowania/elastyczności w UE: F. Tuyschaever, *Differentiation in European Union Law*, (1999); G. de Búrca i J. Scott, *Constitutional Change in the EU*, (2000); B. Witte, D.Hanf i E.Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, (2001); Langeheide, *Abgestufte Integration*, *Europarecht* 1983, str. 227; P.M. Huber, *Differenzierte Integration und Flexibilität als neues Ordnungsmuster der Europäischen Union*, *Europarecht* 1996, str. 347; J.A. Usher, *Variable geometry or concentric circles: Patterns for the EU*, *ICLQ* 46(1997) str. 243; C.-D. Ehlermann, *Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Vertragsprinzip*, *Europarecht* 1997, str. 362 (str. 366-367).

2. Różne formy elastyczności w polityce i prawie UE

Zróżnicowanie czy elastyczność⁹ jako koncepcje w polityce UE były szeroko dyskutowane w literaturze akademickiej ostatnich dziesięciu lat. W dyskusji podkreśla się, że terminy te ani nie ucieleśniają nowej koncepcji politycznej, ani nie stanowią wyraźnie określonej zasady prawnej.¹⁰ Tematykę komplikuje ponadto fakt, że dyskusja sięga rejonów konstytucjonalizacji Unii Europejskiej¹¹ (czy *finalité* procesu integracji), współistnienia porządków prawnych państw członkowskich i Unii Europejskiej w kontekście wielorakości¹² i „konstytucjonalizmu wielopoziomowego”.¹³ Ponadto zróżnicowanie może być postrzegane jako instrument umożliwiający państwom członkowskim odbieganie od metod wspólnotowych i zmniejszenie istniejącej równowagi sił, co powoduje powstanie kwestii odpowiedzialności i zasadności z punktu widzenia demokracji.¹⁴ Zgodnie z ogólną definicją, elastyczność polega na tym, że niektóre państwa członkowskie mają możliwość ściślejszej integracji z wybranymi państwami członkowskimi niż z innymi, w miarę jak Unia Europejska rozrasta się i staje się bardziej zróżnicowana z gospodarczego i politycznego punktu widzenia.¹⁵ Niektórzy uczestnicy dyskusji definiują to pojęcie jako ogólny moduł strategii integracyjnych, które starają się pogodzić heterogeniczność w obrębie Unii Europejskiej i pozwalają różnym grupom państw członkow-

⁹ W niniejszym opracowaniu terminy te są używane zamiennie.

¹⁰ Wątpliwe jest, czy w ogóle można uznać ją za zasadę prawa. Dworkin zdefiniował zasady poprzez przeciwstawienie ich regułom. Zasady nie określają skutków prawnych, lecz dają uzasadnienie, które z kolei daje konkretne argumenty. W odróżnieniu od tej definicji, według Harta, zasady różnią się od reguł ze względu na stopień oraz tym, że dają usprawiedliwienie lub racjonalne przesłanki, a także uzasadnienie dla reguły: R.Dworkin, *Taking Rights seriously*, (1977), str. 24-31.

¹¹ Treść warunków klauzuli upoważniającej art. 11 i 40, 43 UE przypominają traktat konstytucyjny w pigułce, określając, które elementy nie mogą zostać naruszone przez ściślejszą współpracę w ramach istniejącej Unii. Patrz bardzo dobry przegląd stanowisk poszczególnych krajów dotyczących procesu konstytucjonalizacji: J. Duheil de la Rochère i I.Pernice, *European Union and National Constitutions*, General report to FIDE XX Congress 2002 in London, www.fide2002.org.

¹² N. Walker, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, *European Law Journal* 4 (1998), str. 355 (na str. 361).

¹³ I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, *CMLRev* 1999 str. 703-750.

¹⁴ W tym względzie patrz: S. Weatherill, 'If I'd wanted you to understand I would have explained it better': What is the purpose of the provisions on closer co-operation introduced by the Treaty of Amsterdam?; P. Twomey i D. O'Keefe (red.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty* (1999), str. 37 oraz J. Shaw, *Flexibility in a "reorganized" and "simplified" Treaty*, *CMLRev* 2003, str. 279-311.

¹⁵ D.Dinan (red.), *Encyclopaedia of the European Union* (2000), str. 236.

skich realizować różne polityki za pomocą zróżnicowanych rozwiązań proceduralnych i instytucjonalnych.¹⁶

Dyskusja dotycząca elastyczności nabierała rozpędu od chwili rozpoczęcia obecnego procesu rozszerzenia.¹⁷ Unia Europejska złożona z 25 lub nawet 30 członków¹⁸ będzie charakteryzowała się większym zróżnicowaniem nie tylko z uwagi na liczbę członków,¹⁹ lecz również ze względu na dynamiczne zmiany traktatów z Maastricht, Amsterdamu i Nicei, wprowadzające nowe polityki wspólnotowe i unijne. Uznając większe zróżnicowanie wśród państw członkowskich i w Unii Europejskiej, Unia Europejska skupiła szczególną uwagę na minimalnych normach konsekwentnego i skutecznego stosowania *acquis communautaire*, na których opiera się specyficzny porządek prawny Unii Europejskiej. Podejście to znalazło odzwierciedlenie w tak zwanych kryteriach kopenhaskich.²⁰ W tym kontekście Komisja podkreśla wagę gotowości i zdolności kandydatów do pełnego wdrożenia i skrupulatnego stosowania obecnego i przyszłego *acquis communautaire*.²¹ Spełnienie tego warunku wymagało zaangażowania się krajów kandydackich w szeroko zakrojony proces przedakcesyjny, który nie ma precedensu w historii Unii.²² Jednakże, oprócz deklaracji politycznego zaangażowania w budowanie spójności i jedności, obecne państwa członkowskie podjęły dyskusję na temat sposobu funkcjonowania Unii Europejskiej złożonej z 25 lub 30 członków, oraz sposobu przygotowania istniejących instytucji do rozszerzenia, co może w rezultacie doprowadzić do stworzenia bardziej elastycznych struktur instytucjonalnych.

¹⁶ A. Stubb, A Categorization of Differentiated Integration, *JCMS* tom 34 (1996), str. 283; G.Glöckler, Flexibility and closer cooperation, str. 63 w: G.Glöckler et al., *Guide to EU Policies* (1998), podobna definicja w in de Witte, Hanf i Vos ("The facilitation and accommodation of a degree of difference between Member States or regions in relation to what would otherwise be common Community or Union policies").

¹⁷ Sięga ona Rady Europejskiej w Kopenhadze w 1993 r., gdzie układy europejskie zostały uznane za narzędzie akcesyjne, polegające na tym, że każde państwo, które zawarło Układ o stowarzyszeniu z Unią Europejską, może wystąpić o członkostwo, patrz również K. Inglis, *The Europe Agreements compared in the light of their pre-accession reorientation*, *CMLRev* 2000, str. 1173.

¹⁸ Bułgaria oraz Rumunia oczekują, że zostaną członkami UE do 2007 r., decyzja dotycząca rozpoczęcia w 2005 r. negocjacji z Chorwacją została podjęta w czerwcu 2004 r.

¹⁹ Patrz ponadto: B. de Witte, *The Impact of Enlargement on the EU Constitution of the European Union*, str. 209 (na str. 215) w M.Cremona (red.), *The Enlargement of the European Union* (2002).

²⁰ Trzy pierwotne kryteria kopenhaskie obejmowały: 1. Stabilność instytucji gwarantujących demokrację, państwo prawa, przestrzeganie praw człowieka oraz poszanowanie i ochronę mniejszości; 2. Istnienie funkcjonującej gospodarki rynkowej oraz zdolność do stawienia czoła presji konkurencyjnej i siłom rynkowym w obrębie Unii; 3. Zdolność do przyjęcia zobowiązań członkostwa w zakresie realizowania celów unii politycznej, gospodarczej i walutowej.

²¹ Komisja wyjaśniła wątpliwości związane z tą kwestią poprzez wprowadzenie tak zwanego kryterium madryckiego, dodanego w trakcie madryckiej konferencji Rady Europejskiej w 1994 r., które to kryterium dotyczy rzeczywistej zdolności administracyjnej do stosowania dorobku w kraju kandydackim, patrz w tym względzie: L. Maurer, *Negotiations*, str. 114, w Ott i Inglis (red.) *op.cit.*

²² Patrz ponadto: K. Inglis, *The Pre-accession strategy and the Accession Partnerships*, str. 103, w Ott i Inglis (red.).

Większość takich pojęć jak „Europa wielu prędkości”, „Europa *à la carte*”, „zmienna geometria”, „rdzeń Europy” oraz „Europa koncentrycznych okręgów” w bardzo szeroki sposób opisuje istniejące formy zróżnicowania oraz podkreśla polityczny aspekt elastyczności. Pojęcia te mają z góry ustalone pozytywne lub negatywne konotacje. Terminy „Europa wielu prędkości” oraz „Europa *à la carte*” są używane w sposób przeciwstawny: podczas gdy pierwszy z nich opisuje dążenie do osiągnięcia wspólnych celów integracyjnych w różnych perspektywach czasowych, drugi sugeruje wybieranie spośród polityk i struktur.²³ Termin „zmienna geometria” jest postrzegany jako pojęcie normatywne, sugerujące, że państwa członkowskie nie mogą wybierać w sposób dowolny spośród różnych polityk, choć istnieje możliwość uzupełniania wspólnych polityk dodatkowymi formami współpracy.²⁴ Koncepcja rdzenia Europy sugeruje rozróżnienie na Państwa Członkowskie tworzące rdzeń Europy (obejmujący Niemcy, Francję, Belgię, Holandię i Luksemburg) oraz państwa spoza centrum (takie jak Hiszpania i Włochy). Pojęcie koncentrycznych okręgów zostało ukute przez francuskiego polityka Edouarda Balladura. Sugeruje ono, że tzw. modelowe państwa UE tworzą rdzeń Unii, otoczony przez okrąg „mniej wspólnotowych” członków (takich jak Wielka Brytania i Dania), następnie takich państw jak Szwajcaria, Liechtenstein i Norwegia, a wreszcie okrąg państw stowarzyszonych z Unią na mocy umów o przystąpieniu.²⁵ Teoria zachodzących na siebie okręgów wprowadza podział na nowe państwa członkowskie o długim okresie przejściowym poprzedzającym stosowanie *acquis* i na mniej liczne państwa członkowskie o lepiej zorganizowanej strukturze walutowej i militarnej. W bardziej ściśłym formalnym i prawnym rozumieniu elastyczności państw członkowskich można się dopatrzeć w prawnej hierarchii traktatów akcesyjnych,²⁶ pierwotnym prawie UE i WE, prawodawstwie wtórnym oraz środkach typu *soft-law* (ang. miękkie prawo), a także w instrumentacie minimalnej harmonizacji.²⁷

Na potrzeby niniejszego opracowania należy wyróżnić dwa rodzaje elastyczności, które znajdują odzwierciedlenie w praktyce i w strukturze traktatów. Jedną z nich jest elastyczność wynikająca z traktatów o przystąpieniu, drugą – elastyczność wy-

²³ Idea ta była głównie wspierana przez rząd Konserwatystów w Wielkiej Brytanii, do chwili przegranej w wyborach w 1997 r.

²⁴ Według Osta integracja różni się od zmiennej geometrii z uwagi na ograniczenia czasowe oraz kryteria biektywne lub subiektywne. Dlatego według niej, zróżnicowanie w procesie integracji charakteryzują ograniczenia czasowe i obiektywne różnice między państwami członkowskimi, podczas gdy zmienna geometria zależy w większym stopniu od chęci do integracji, patrz N. Ost, *Flexibilität des Gemeinschaftsrechts – Vom Notantrieb zum Vertragsprinzip*, *Die Öffentliche Verwaltung* 1997, str. 496.

²⁵ Patrz definicja koncentrycznych okręgów: A Concise Encyclopaedia of the European Union, <http://www.euroknow.org/dictionary/c.html>.

²⁶ Najbardziej notoryczny przykład w tym względzie to niemiecki protokół w sprawie bananów, dołączony do Traktatu Rzymskiego, na mocy którego Niemcy zostały objęte specjalnym uzgodnieniem dotyczącym bezcłowego przywozu bananów do momentu wprowadzenia w całej UE rozporządzenia w sprawie bananów.

²⁷ Tuyschaever, str. 116, w sprawie zróżnicowania w zakresie stosowania przepisów typu *soft-law*: L. Senden i S. Prechal, *Differentiation in and through Community Soft Law*, str. 181-199, w de Witte, Hanf i Vos, w zakresie minimalnej harmonizacji: E. Vos, *Differentiation, Harmonisation and Governance*, str. 179, w de Witte, Hanf i Vos, *op. cit.*

kająca z systemu konstytucyjnego oraz instytucjonalnego UE. Ujmując rzecz bardziej szczegółowo, można wyróżnić elastyczność polityczną, z góry ustaloną, sądową i administracyjną. Elastyczność polityczna różni się od elastyczności konstytucjonalnej tym, że obejmuje koncepcje stworzone w celu pokonania bieżących trudności procesu integracyjnego. Elastyczność polityczna nie musi koniecznie znajdować odzwierciedlenia w traktatach, lecz może być wyłącznie dyskutowana na forach politycznych.²⁸ Z góry ustalona elastyczność instytucjonalna jest poprzedniczką elastyczności konstytucjonalnej i zgodnie z definicją obejmuje wszelkie formy współpracy, które rozwinęły się pierwotnie między niektórymi państwami członkowskimi poza traktatami WE/UE na podstawie prawa międzynarodowego, i które zostały następnie całkowicie lub częściowo włączone do porządku prawnego Wspólnoty Europejskiej. Elastyczność sądowa i administracyjna wynika z różnic w przyjmowaniu i stosowaniu prawa europejskiego. Elastyczność sądowa jest rezultatem konfliktów na poziomie konstytucyjnym powstających między Trybunałem Sprawiedliwości a sądami krajowymi w zakresie praw człowieka i nadrzędności prawa europejskiego.²⁹ Elastyczność administracyjna wynika z różnorodności norm stosowania prawa wspólnotowego. Stosowanie zasady subsydiarności w związku z pewnymi środkami harmonizacji w zakresie polityki środowiskowej, społecznej i konsumenckiej może doprowadzić do różnic w stosowaniu przepisów prawa europejskiego.

²⁸ Patrz: Small group forge ahead on security issues, 10.6.2004, www.euobserver.com; Fischer backs away from core Europe, 1.3.2004, www.euobserver.com; J.Palmer, The Constitutional Treaty – opening the way to “core” Europe?, 20.6.2004, European Policy Centre, www.theepc.net.

²⁹ W zakresie jurysdykcji duńskich, hiszpańskich, włoskich i niemieckich trybunałów konstytucyjnych oraz różnych modeli ich współpracy patrz: M. Claes, The National Court’s Mandate in the European Constitution, (2005, w przygotowaniu).

3. Zróżnicowanie poakcesyjne

3.1. Zróżnicowanie za pomocą traktatów akcesyjnych

Osobny rodzaj z góry ustalonej elastyczności wynika z traktatów akcesyjnych zawartych w ramach wcześniejszych i obecnych procesów rozszerzenia Unii o Danię, Wielką Brytanię oraz Irlandię w 1973 r., Grecję w 1981 r., Hiszpanię i Portugalię w 1986 r. i Szwecję, Finlandię oraz Austrię w 1995 r.³⁰ Traktaty te składają się ze związanego traktatu o przystąpieniu i aktów przystąpienia wraz z załącznikami określającymi konieczne zmiany stałe lub tymczasowe. Zmiany te modyfikują pierwotne prawo UE i WE oraz określają warunki przystąpienia. Traktaty o przystąpieniu oraz akty przystąpienia charakteryzuje dwojakość natury prawnej: po pierwsze, są one uznawane za umowy międzynarodowe między państwami członkowskimi a nowym państwem,³¹ po drugie, stanowią prawo pierwotne UE, ponieważ modyfikują prawo pierwotne.³² Ustanawiają one, od dnia akcesji, różne systemy prawne dla różnych państw członkowskich. Zazwyczaj zróżnicowanie ma charakter tymczasowy, szczególnie jeżeli dotyczy rdzenia dorobku wspólnotowego, lecz może również mieć bardziej permanentny charakter, w przypadku gdy obejmuje kwestie marginalne. Zróżnicowanie lub derogacje w państwach członkowskich mogą zostać generalnie podzielone na a) derogacje tymczasowe, b) przepisy tymczasowe, c) klauzule ochronne i d) systemy przejściowe. Ze względu na swoje uzasadnienie, dzielą się one na dwie grupy: jedna grupa zwolnień jest umotywowana względami technicznymi, finansowymi i praktycznymi; druga wynika z uzasadnienia politycznego. Derogacje stanowią elementy procesu przystąpienia podlegające modyfikacjom i wpływają na kształt przepisów prawa pierwotnego i wtórnego.³³

Derogacje ogólne, szczególnie w zakresie złożonej Wspólnej Polityki Rolnej i pomocy państwa, są stosowane od czasu pierwszego rozszerzenia. Podobnie, w ramach rozszerzeń dokonanych w latach 1972, 1979 oraz 1985 wprowadzono klauzule

³⁰ Poprzednie procesy integracyjne z Danią, Wielką Brytanią i Irlandią w 1973 r., Grecją w 1981 r., Hiszpanią i Portugalią w 1986 r. i Szwecją, Finlandią oraz Austrią w 1995 r.; Republiką Czeską, Estonią, Cyprzem, Łotwą, Litwą, Węgrami, Maltą, Polską, Słowenią i Słowacją, Dz.U. 2003 L 236.

³¹ Patrz treść art. 49 UE.

³² Patrz orzecznictwo: TS, sprawa 185/73 *Hauptzollamt Bielefeld* przeciwko *OHG König* [1974] Zb.Orz. 607; TS, Sprawy połączone 194/85 i 241/85 *Komisja* przeciwko *Grecji*, [1988] Zb.Orz. 1037; oraz w literaturze: W. Meng, Art. O ust. 12, H.v.d.Groeben oraz J.Thiesing i C.-D.Ehlermann (red.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*: Postanowieniem ważnym z punktu widzenia przystąpienia do Unii Europejskiej był pierwotny art. 237 WE, który został przeniesiony w Maastricht do TUE oraz art. O, a obecnie art. 49 UE.

³³ Patrz przykłady w A.Lopian, *Übergangsregime für Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften*, (1994).

ochronne, mówiące o zawieszeniu praw i obowiązków w przypadku wystąpienia określonych problemów gospodarczych.³⁴ Okres przejściowy niestosowania określonych części *acquis* z przyczyn politycznych został zastosowany pierwszy raz w odniesieniu do rozszerzenia Unii o kraje południowe. Grecy, hiszpańscy oraz portugalscy pracownicy uzyskali pełny dostęp do rynku WE po okresie przejściowym siedmiu lat,³⁵ który został następnie zmniejszony do sześciu lat w odniesieniu do pracowników hiszpańskich i portugalskich.³⁶

Traktaty o przystąpieniu obecnego procesu rozszerzenia zawierają konkretne postanowienia oraz warunki podlegające zmianom dotyczące przystąpienia do Unii Europejskiej, które zostały określone w Akcie przystąpienia i stanowią integralną część Traktatu (patrz art. 1 ust. 2). Akt przystąpienia dzieli się na pięć części, z których pierwsza określa zasady, druga korekty traktatów, trzecia postanowienia stałe, czwarta postanowienia tymczasowe, a piąta przepisy dotyczące realizacji postanowień Aktu Przystąpienia. Ponadto warunki przystąpienia zostały określone w 18 załącznikach, 10 protokołach, deklaracjach dotychczasowych i nowych państw członkowskich, deklaracjach wspólnych oraz deklaracjach Komisji Europejskiej. Z warunków tych jasno wynika, że Unia Europejska gwarantuje skrupulatny system monitorowania poakcesyjnego, tworzący skomplikowaną sieć zróżnicowania między obecnymi i nowymi państwami członkowskimi oraz nowe formy potencjalnego stosowania określonych instytucjonalnych klauzuli upoważniających, umożliwiających odstępstwa od dorobku.

3.2. Derogacje tymczasowe od dorobku wspólnotowego

Należy odróżnić derogacje tymczasowe od postanowień tymczasowych, ponieważ takiego typu derogacje przenoszą istniejące formy z góry ustalonej elastyczności na nowe państwa członkowskie – pod warunkiem istnienia uzasadnionych względów gospodarczych i technicznych.

3.2.1. Derogacje od dorobku Schengen

Układ z Schengen został uznany za modelowy przykład zróżnicowania mającego na celu wspieranie dalszej integracji. Początkiem układu było międzynarodowe porozumienie z 1985 r. zawarte między Niemcami, Francją i krajami Beneluksu (Schengen I), którego celem była stopniowa likwidacja kontroli granicznej osób na wspólnych granicach. Konwencja wykonawcza Schengen została wydana w 1990 r. (Schengen II).³⁷ Większość państw członkowskich podpisała oba dokumenty, ale Wielka Brytania sprzeciwiała się jakimkolwiek zobowiązaniom zlikwidowania wewnętrznych kontroli granicznych. Irlandia uczyniła podobnie z uwagi na Wspólną Strefę Podróżowania dzieloną z Wielką Brytanią. Podobny sprzeciw wyraziła Dania,

³⁴ Te klauzule ochronne sformułowano na podstawie wcześniejszego art. 226 Traktatu WE.

³⁵ Artykuł 56 Aktu przystąpienia Hiszpanii.

³⁶ Dz. U. 1991, L 206/1.

³⁷ E. Denza, *The Intergovernmental Pillars of the European Union* (2002), str. 66.

będąca członkiem Skandynawskiej Strefy Podróżowania. Później, w 1996 r., Dania przystąpiła do Schengen, lecz sprzeciwiła się wprowadzeniu do ram instytucjonalnych i prawnych traktatów kwestii dotyczących wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych.³⁸

Wraz z Traktatem z Maastricht ustanowiono trzeci filar współpracy międzyrządowej w zakresie Wymiaru Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, jednakże bez praktycznych konsekwencji dla ściślejszej współpracy, ponieważ art. 7 UE sankcjonował istniejące formy.³⁹ W następstwie zmian wprowadzonych Traktatem Amsterdamskim członkowie Schengen podjęli decyzję dotyczącą włączenia *acquis* ustanowionego Układem z Schengen do systemu prawnego UE. Protokół włączający dorobek Schengen w ramy UE ustanawia specjalny status Danii, Irlandii i Wielkiej Brytanii. Artykuł 1 Protokołu określa ten status jako ściślejszą współpracę. Artykuł 3 stanowi, że specjalny status Danii polega na realizowaniu praw i obowiązków wynikających z Schengen na podstawie przepisów prawa międzynarodowego. Przepis ten musi jednakże być postrzegany w odróżnieniu do art. 4, który dotyczy Irlandii i Wielkiej Brytanii i umożliwia tym państwom wybranie części lub całego dorobku Schengen. Ponadto art. 6 stanowi, że Republika Islandii i Królestwo Norwegii będą uczestniczyć we wprowadzaniu w życie dorobku z Schengen i jego dalszym kształtowaniu na mocy porozumienia podpisanego w Luksemburgu 19 grudnia 1996 r.⁴⁰ Pozycja Wielkiej Brytanii, Irlandii i Danii zostały określone w osobnych protokołach dotyczących stanowiska Wielkiej Brytanii i Irlandii – z jednej strony i Danii – z drugiej.

Od samego początku stało się jasne, że nowe państwa członkowskie nie będą podlegały żadnym specjalnym reżimom. Dlatego są one zobowiązane do włączenia dorobku Schengen od dnia przystąpienia. Jednakże, art. 3 Aktu przystąpienia stanowi, że chociaż dorobek z Schengen obowiązuje nowe państwa członkowskie, wyłącznie jego część będzie obowiązywała natychmiast. Dorobek ten dzieli się na dorobek bezpośrednio obowiązujący i pozostałe przepisy, które będą miały zastosowanie w nowym państwie członkowskim w zależności od decyzji Rady, weryfikującej, czy warunki konieczne do stosowania wszystkich części danej części dorobku zostały

³⁸ W tym względzie patrz, w szczególności, problematyczna w opinii duńskiej, tzw. klauzula kładki (ang. *passarelle clause* – ustanawiająca procedurę uproszczoną) określona w art. 9 Traktatu UE: K. U. Kjaer, *How many borders in the EU?*, str. 169 (na str. 177) w: K. Groenendijk, E. Guild i P. Minderhoud, *In Search of Europe's borders* (2003).

³⁹ G. Papagianni, *Flexibility in Justice and Home Affairs an Old Phenomenon taking new forms*, str. 104, in de Witte, Hanf i Vos.

⁴⁰ Den Boer oraz Kerchove zaproponowali pięć różnych konfiguracji państw: a. Członkowie UE, którzy podjęli misję stworzenia przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, z wyłączeniem Wielkiej Brytanii, Irlandii i Danii, b. Trzydzieści państw członkowskich UE, które podpisały Układ z Schengen, c. Te same trzydzieści państw członkowskich plus dwóch członków stowarzyszonych, tzn. Islandia i Norwegia, które wraz z Wielką Brytanią i Irlandią tworzą tzw. Komitet Mieszany, d. Te same trzydzieści państw członkowskich wraz z uczestnikami częściowymi (Wielka Brytania i Irlandia), które wystąpiły o opcję typu opt-in w odniesieniu do pewnych elementów dorobku z Schengen oraz e. Kraje przystępujące, które muszą wdrożyć dorobek z Schengen, w przypadku których, jednakże, zgodnie z art. 3 Aktu przystąpienia, wyłącznie część dorobku będzie stosowana bezpośrednio po przystąpieniu. Patrz: M. den Boer i G. de Kerchove, *Schengen Acquis and Enlargement*, str. 315 w V. Kronenberger, *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, (2001).

spełnione w tym państwie członkowskim. Zgodnie z załącznikiem I, bezpośrednio stosowane mają być części dorobku obejmujące takie dziedziny jak: kontrola granic zewnętrznych, nielegalna imigracja, współpraca w zakresie prawa karnego, wybrane aspekty współpracy policyjnej, zwalczanie narkotyków, kontrola broni palnej i ochrona danych, podczas gdy postanowienia dotyczące zniesienia granic wewnętrznych, polityki wizowej, swobody podróżowania oraz kluczowych aspektów współpracy policyjnej, a także SIS będą miały zastosowanie wyłącznie w przypadku przyjęcia przez Radę pozytywnej decyzji.⁴¹ Z uwagi na klauzulę typu *opt-in* (klauzula opcjonalnego uczestnictwa), jaką przyznano Irlandii i Wielkiej Brytanii w odniesieniu do określonych części dorobku Schengen, państwa te będą uczestniczyły w procesie decyzyjnym tylko wtedy, jeżeli będzie on dotyczył aktów, w których państwa te uczestniczą.

W celu wsparcia nowych państw członkowskich w przyjmowaniu i stosowaniu dorobku w wymienionych dziedzinach, Unia Europejska zapewnia dodatkowe fundusze. Na mocy art. 34 ustanowiono fundusz wspierania dziedzin objętych postanowieniami tymczasowymi, takich jak WSiSW, a na mocy 35 Aktu przystąpienia ustanowiono „Instrument finansowy z Schengen”, przy pomocy którego finansowana będzie kontrola granic zewnętrznych w wysokości 300 milionów euro rocznie.

3.2.2. Derogacja od Unii Gospodarczo-Walutowej (UGW)

Chociaż pierwotny Traktat EWG ustanawiał współpracę i koordynację polityk gospodarczych, pierwszy plan ustanowienia UGW zakończył się niepowodzeniem.⁴² Później, w ramach Traktatu z Maastricht, przyjęto stopniowe trój etapowe podejście do wprowadzenia Unii Gospodarczo-Walutowej, do której 1 stycznia 1999 r. przystąpiło 11 Państw Członkowskich, a następnie, 1 stycznia 2001, spóźniona Grecja. Wielka Brytania i Dania uzyskały wyłączenie z uczestniczenia w etapie trzecim.⁴³ Podczas gdy Dania została wyłączona od 1992 r.,⁴⁴ Wielka Brytania może zrezygnować z etapu trzeciego UGW w przypadku braku pozytywnej decyzji rządu i Parlamentu.⁴⁵ W Szwecji od 1999 r. rząd nie zdołał uzyskać koniecznego wsparcia dla uczestnictwa w UGW, a ponadto Szwecja nie wyraża chęci uczestniczenia w Europejskim Mechanizmie Kursowym.⁴⁶

⁴¹ Patrz S. Peers, *The EU Accession Treaty*, Statewatch analysis of the EU Accession Treaty.

⁴² F. Amtenbrink, *Economic and Monetary Policy (in the framework of the EMU)*, w Ott i Inglis, op. cit.

⁴³ Społeczeństwo duńskie zdecydowało w referendum, które odbyło się we wrześniu 2000 r., o nieprzyjęciu euro.

⁴⁴ Te warunki specjalne zostały określone w protokole 12 w sprawie pewnych postanowień dotyczących Danii.

⁴⁵ Protokół nr 11 w sprawie pewnych postanowień dotyczących Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. W październiku 1997 r. Wielka Brytania poinformowała Radę, iż nie ma zamiaru przystępować do etapu trzeciego. Patrz K. P. E. Lasok, *Law & Institutions of the European Union* (wydanie siódme 2001), str. 585.

⁴⁶ Znalazło to swoje potwierdzenie w negatywnym wyniku plebiscytu przeprowadzonego we wrześniu 2003 r., „Większe od spodziewanego NIE Szwedów nasuwa wątpliwości co do przyszłości euro”, 15.9.2003, www.euractiv.com.

Sytuacja wywołała dyskusję na temat tego, czy uczestniczenie w UGW stanowi zobowiązanie prawne i czy państwo członkowskie może wystąpić z UGW.⁴⁷ Trafnie argumentowano, że wyłącznie państwa członkowskie, które wynegocjowały wspomniane specjalne reżimy, uzyskują zwolnienie z prawnego obowiązku członkostwa w UGW, i że uczestnictwo w UGW nie jest dobrowolne.⁴⁸ Argument ten znajduje swoje odzwierciedlenie, z jednej strony, w statusie prawnym krajów, które nie są członkami Unii Gospodarczo-Walutowej (państwa członkowskie podlegające derogacji określonej w art. 122 Traktatu WE) oraz, z drugiej strony, w kryteriach kopenhaskich, które dają możliwość uczestniczenia w Unii Gospodarczo-Walutowej.⁴⁹

Jeżeli chodzi o unię walutową, nowe państwa członkowskie mają status państw członkowskich podlegających derogacji określonej w art. 122 WE, w połączeniu z art. 4 Aktu przystąpienia. W obecnej sytuacji wobec deficytu budżetowego przekraczającego 4 procent przyjęcie wspólnej waluty nie jest możliwe w następujących państwach członkowskich: Słowacji, Węgrzech, Polski i Republiki Czeskiej. To z góry przyjęte zróżnicowanie ma być w zamierzeniu tymczasowe. Można upatrywać jego uzasadnienia w politycznych kryteriach kopenhaskich, które w sposób wyraźny wskazują na udział w Unii Gospodarczej i Walutowej jako na zobowiązanie polityczne.⁵⁰ Po drugie, jak wspomniano wyżej, pewne państwa członkowskie mogą zrezygnować z uczestnictwa w trzecim etapie UGW.⁵¹

3.2.3. Derogacja tymczasowa od dorobku dotyczącego rynku wewnętrznego

Obowiązujące przepisy tymczasowe są wymienione w poszczególnych załącznikach i są stosowane indywidualnie w odniesieniu do nowych państw członkowskich. Artykuł 24 zawiera postanowienia tymczasowe dotyczące załączników V do XIV,⁵² które mają zastosowanie do wszystkich nowych państw członkowskich w odniesieniu do tymczasowego niestosowania części dorobku w zakresie czterech wolności

⁴⁷ Taki pogląd został przyjęty na wyrost przez niemiecki Bundesverfassungsgericht w jego decyzji dotyczącej Maastricht.

⁴⁸ Contra: J. A. Usher, *Enhanced Cooperation or Flexibility in the Post-Nice Era*, str. 97 (106-107), w Arnall oraz Wincott, *op. cit.*; Amténbrink rozróżnia między państwem członkowskim korzystającym z derogacji, a państwem członkowskim dobrowolnie uczestniczącym w Europejskim Mechanizmie Kursowym II, patrz F. Amténbrink, *Rozdział 10 Economic and Monetary Policy* (w ramach UGW, str. 704, w Ott i Inglis (red.) *op. cit.*

⁴⁹ Patrz FN powyżej.

⁵⁰ Patrz powyżej.

⁵¹ J.-V. Louis, *Differentiation and EMU*, str. 44.

⁵² Inglis określa je mianem szczególnych uzgodnień przejściowych dotyczących nowych państw członkowskich, które ustanawiają środki natury technicznej w zakresie przystosowania do różnych przepisów, patrz K. Inglis, *The Accession Treaties and transitional arrangements: A twilight zone for the new Member States* w C. Hillion, *EU Enlargement: A Legal Approach* (2004).

i określonych przepisów prawa wtórnego.⁵³ Komisja Europejska od początku wyraźnie podkreślała, że nie wyrazi zgody na długoterminowe derogacje od dorobku dotyczącego rynku wewnętrznego, jednakże przyznała pewne ograniczone w czasie derogacje ze względów politycznych i gospodarczych, a także z uwagi na brak zaufania między państwami członkowskimi.

W konsekwencji ustalenia tymczasowe dotyczą piętnastu z ogólnej liczby trzydziestu jeden rozdziałów: swobodnego przepływu towarów, swobodnego przepływu osób, swobody świadczenia usług, swobodnego przepływu kapitału, prawa spółek, polityki konkurencji, rolnictwa, rybołówstwa, polityki transportowej, opodatkowania, polityki zatrudnienia i społecznej, energetyki, telekomunikacji, informatyki i usług pocztowych, kultury i polityki audiowizualnej oraz ochrony środowiska. Podczas gdy w niektórych rozdziałach derogacje są ograniczone do minimum i są krótkotrwałe⁵⁴ (jak jest na przykład w przypadku przepływu towarów)⁵⁵, inne derogacje, jak np. w dziedzinie przepływu pracowników oraz ochrony środowiska naturalnego, są bardziej wyraźne.⁵⁶ Na przykład Czechy podlegają derogacjom w następujących obszarach: w obszarze swobodnego przepływu osób, usług, swobodnego przepływu kapitału, rolnictwa, polityki transportowej, opodatkowania, energetyki oraz ochrony środowiska naturalnego. W przypadku Cypru derogacje mają zastosowanie w dziedzinie swobodnego przepływu towarów, usług, kapitału, rolnictwa, polityki transportowej, opodatkowania, energetyki i ochrony środowiska naturalnego. W przypadku Słowenii obejmują one swobodny przepływ towarów, przepływ osób i usług.⁵⁷

Niektóre z tych odstępstw od dorobku Wspólnoty znajdują uzasadnienie we względach politycznych, nie mając jednocześnie uzasadnienia gospodarczego czy prawnego. Wyjaśnienie takiego stanu rzeczy można znaleźć, przyglądając się negocjacjom w sprawie swobodnego przepływu osób i swobodnego przepływu kapitału.⁵⁸

⁵³ Artykuł 40. Aktu przystąpienia stanowi, w odniesieniu do stosowania przepisów przejściowych ustanowionych na mocy art. V do XIV, że przepisy krajowe nowych państw członkowskich wprowadzone w okresie przejściowym nie będą prowadziły do kontroli granicznych wśród państw członkowskich, a zatem nie będą utrudniały prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Patrz identyczne brzmienie art. 153 Aktu Przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji: Dz. U. 1994 C 241/9-404.

⁵⁴ Malcie przysługuje prawo do utrzymania w mocy określonych układów zbiorowych do dnia 31 grudnia 2004 r., co stanowi odstępstwo od przepisów dyrektywy 93/104/WE.

⁵⁵ Inglis, *supra*.

⁵⁶ Za przykład może posłużyć Polska, która będzie stosować odstępstwo do roku 2017 w odniesieniu do dużych źródeł spalania paliw.

⁵⁷ Patrz Traktaty o przystąpieniu.

⁵⁸ Inglis przytacza konkretny przykład załącznika XII, na mocy którego Polska może utrzymać istniejące świadectwa krajowe dotyczące wyrobów medycznych lub zezwoleń na środki lecznicze odpowiednio do grudnia 2005 r. oraz 2008 r. Inne państwa członkowskie, włączając nowe państwa członkowskie, nie będą zobowiązane do uznawania tych zezwoleń lub świadectw, i mogą zatem zapobiegać wprowadzaniu odnośnych produktów na swoje rynki. Patrz Inglis, *The Accession Treaties and transitional arrangements: A twilight zone for the new Member States*, *op. cit.*

3.2.3. I Przykład: Przepływ pracowników

Chociaż rozdział dotyczący swobodnego przepływu osób został otwarty już w 2000 r., państwa członkowskie zajęły się zagadnieniem swobodnego przepływu pracowników dopiero na początku roku. Na tym etapie oczywiste było już, że Niemcy i Austria (ponieważ państwa te bezpośrednio graniczą z Polską, Republikami Czech i Słowacji, Węgrami oraz Słowenią) wystąpią, ze względów politycznych, o okres przejściowy do siedmiu lat, zanim odnośny dorobek będzie miał zastosowanie do nowych państw członkowskich.⁵⁹

Komisja zaproponowała pięć opcji (1) pełne i natychmiastowe stosowanie *acquis*, (2) klauzule ochronne z ograniczeniami nakładanymi wyłącznie w przypadku poważnego i trwałego zakłócenia rynku pracy, (3) elastycznego systemu opcjonalnych rozwiązań przejściowych, (4) ustanowienie systemu kontyngentów wyznaczonych na stałym poziomie (5) całkowita derogacja od dorobku na czas określony. W projekcie Wspólnego Stanowiska przedstawionym krajom kandydackim Komisja zaproponowała elastyczny system przejściowy, uzasadniając, że migracja skupi się na pewnych państwach członkowskich, będzie zależała od bliskości geograficznej, różnic płacowych i poziomu bezrobocia. Komisja przewidywała ponadto znaczny stopień nieprzewidywalności rynku pracy.⁶⁰ Z prognoz uzyskanych w wyniku przeprowadzenia niezależnych badań wynika, że rocznie do Austrii i Niemiec przyjedzie około 200 000 do 240 000 imigrantów z UE-8 (z krajów Europy Środkowej i Wschodniej), z czego 77 procent osiedli się w tych dwóch państwach.⁶¹ W innym badaniu liczbę imigrantów pochodzących z nowych państw członkowskich, którzy osiedlili się w krajach Piętnastki jeszcze przed przystąpieniem, oszacowano w 1999 r. na 850 000.⁶²

Większość nowych państw członkowskich była rozczarowana tą propozycją, ponieważ państwa te liczyły na ogólną klauzulę ochronną. Malta oraz Cypr, z uwagi na swój rozmiar i sytuację gospodarczą nie zostały objęte tymi derogacjami przejściowymi.⁶³ Ostateczna i bardziej elastyczna wersja obejmie ogólny początkowy okres przejściowy dwóch lat, po którym dorobek zacznie automatycznie obowiązywać, chy-

⁵⁹ Zanim Komisja przedstawiła wniosek, zleciła wykonanie badań, w wyniku których oszacowano wielkość napływu imigrantów na 200,000 do 240,000 rocznie, przy oczekiwanym spadku do 85,000 do 125,000 rocznie w pierwszych latach po przystąpieniu nowych członków; T. Brücker i H. Boeri, *The Impact of eastern enlargement on employment and labour markets in the EU-Member States*, badania zleciła Dyrekcja Generalna ds. Zatrudnienia i Spraw Socjalnych Komisji Europejskiej, patrz w tym względzie G. Ziegler, *The Accession Negotiations on Free Movement of Workers*, str. 132, w Ott i Inglis, *op. cit.*

⁶⁰ Więcej w tej materii patrz Ziegler, który odnosi się do badań opinii publicznej przeprowadzonych w Polsce, według których 16% dorosłych Polaków (4,6 milionów osób) wyraziło chęć do szukania pracy na Zachodzie. Czeskie oraz węgierskie badania, szczególnie wśród młodych pracowników, dały podobne rezultaty.

⁶¹ T.Boeri i H.Brücker, *The Impact of Eastern Enlargement on Employment and Labour Market in the EU Member States* (2000).

⁶² Te szacunkowe dane obejmują nielegalnych imigrantów, patrz J. Kunz, *Labour Mobility and EU Enlargement – A Review of Current Trends and Debates*, *DWP* (2002), str. 17.

⁶³ Malta wynegocjowała, z uwagi na rozmiar swojego rynku pracy, prawo do korzystania z ochrony przed pracownikami z krajów UE-24.64 Ziegler, *op. cit.* str. 140.

ba że jedno z obecnych państw członkowskich zgłosi Komisji swój zamiar utrzymania ograniczenia w mocy. W negocjacjach dwustronnych Węgry, Łotwa i Republika Słowacka przyjęły te nieznaczne modyfikacje, z zastrzeżeniem możliwości stosowania środków wzajemnych i środków ochronnych. Komisja prowadziła podobne negocjacje z Republiką Czeską, Litwą, Słowenią i Polską. Jednakże państwa te rozszerzyły możliwość stosowania klauzul ochronnych, w wyniku czego Republika Czeska może stosować klauzulę ochronną wobec innego nowego państwa członkowskiego, nawet jeżeli żadne z obecnych państw członkowskich nie zastosowało środków krajowych przeciwko temu nowemu państwu członkowskiemu. Dlatego Węgry, Łotwa i Republika Słowacka wystąpiły o takie samo „równe traktowanie” w zakresie korzystania z klauzul ochronnych wobec nowych państw członkowskich. Wreszcie żądanie to zostało spełnione w odniesieniu do wszystkich 8 państw Europy Środkowej i Wschodniej.⁶⁴

Artykuł 24 w odniesieniu do, na przykład, polskiego załącznika XII Aktu przystąpienia stanowi, że w dziedzinie swobodnego przepływu osób mają zastosowanie następujące zasady: art. 39 oraz pierwszy akapit art. 49 obowiązują w pełni jedynie w odniesieniu do swobody przepływu pracowników oraz swobody świadczenia usług wiążących się z tymczasowym przepływem pracowników, zgodnie z przepisami art. 1 dyrektywy 96/71/WE (dla tego pracownicy delegowani nie wchodzą w zakres ustaleń przejściowych).⁶⁵ W zamian państwa członkowskie UE-15⁶⁶ stosują środki krajowe lub środki wynikające z porozumień dwustronnych, regulujące dostęp do rynków pracy przez dwa lata. Ponadto obywatelom polskim legalnie pracującym w obecnym państwie członkowskim na dzień przystąpienia, i dopuszczonym do rynku pracy tego państwa członkowskiego na nieprzerwany okres 12 miesięcy lub dłuższy przysługuje dostęp do rynku pracy tego państwa członkowskiego.⁶⁷ Członkom rodziny pracownika przysługuje dostęp do rynku pracy, o ile pracownik ten zostanie dopuszczony do tego rynku pracy na 12 miesięcy lub, w przypadku gdy pracownik przybędzie już po przystąpieniu, wyłącznie po 18 miesiącach pobytu. Austria i Niemcy zapewniły sobie szczególne środki towarzyszące, które będą wykorzystywane w przypadku poważnych zakłóceń w określonych sektorach rynku tych państw, takich jak budownictwo, sprzątanie i czyszczenie obiektów oraz dekoracja wnętrz.

Rada przeprowadzi stosowną kontrolę na podstawie sprawozdania dotyczącego przepisów przejściowych przedłożonego przez Komisję Europejską, a następnie obecne państwa członkowskie muszą powiadomić Komisję, czy będą nadal stosowały środki krajowe lub środki wynikające z porozumień dwustronnych, lub czy będą

⁶⁵ Znajduje to swoje odzwierciedlenie w wcześniejszym orzecznictwie dotyczącym Traktatu o Przystąpieniu Portugalii i Hiszpanii: TS sprawa C-113/89 *Rush Portuguesa Ltd.* przeciwko *Office national d'immigration* [1990] Zb.Orz. I-1417.

⁶⁶ UE-15 oznacza następujące Państwa Członkowskie: Austria, Belgia, Dania, Francja, Niemcy, Grecja, Irlandia, Włochy, Luksemburg, Holandia, Portugalia, Hiszpania, Szwecja oraz Wielka Brytania,

⁶⁷ Również ta kwestia została rozpatrzona przez Trybunał Sprawiedliwości w toku poprzedniego etapu rozszerzenia struktur europejskich, chociaż obecnie należy udowodnić legalne zatrudnienie przez okres przynajmniej jednego roku. TS, *Mário Lopes da Veiga* przeciwko *Staatssecretaris van Justitie* [1989] Zb.Orz. 2989.

stosowały dorobek wspólnotowy. Dalsze przedłużenia mogą być przyznane państwu członkowskim zgodnie z ust. 5 w formie specjalnej klauzuli ochronnej: w przypadku poważnych zakłóceń ich rynków pracy lub zagrożenia takimi zakłóceniami. Po powiadomieniu Komisji, państwo członkowskie może stosować takie środki w okresie do siedmiu lat od daty przyjęcia nowych członków. W ekstremalnej sytuacji dorobek w tym obszarze nie będzie stosowany do roku 2011: W przypadku wspomnianych środków krajowych automatycznie stosuje się dwuletni okres (ust. 2), następnie zostaną dodane trzy lata (do 2009 r.), o ile państwa członkowskie UE-15 powiadomią Komisję o przedłużeniu stosowania środków krajowych (ust. 5). W przypadku otrzymania dowodów na istnienie poważnych zakłóceń rynku pracy lub zagrożenia takimi zakłóceniami Komisja może przyznać kolejne dwa lata, do 2011 r.⁶⁸

Chociaż w momencie podpisywania Traktatu o przystąpieniu w kwietniu 2003 r. niektóre państwa członkowskie obiecały przyznać obywatelom państw Europy Środkowej i Wschodniej pełny dostęp do ich rynków pracy od daty przystąpienia, rok później, dwanaście spośród piętnastu państw członkowskich, z wyjątkiem Irlandii, Szwecji i Wielkiej Brytanii, ogłosiło przedłużenie środków krajowych lub nałożenie ograniczeń po dacie przystąpienia.⁶⁹ Środki te mają różnoraki charakter, w zależności od państwa, od otwarcia dostępu do rynku pracy (Szwecja,⁷⁰ Irlandia i Wielka Brytania),⁷¹ do różnego rodzaju i czasu trwania środków przejściowych w pozostałych dwunastu państwach członkowskich.⁷² We Wspólnej Deklaracji załączonej do Traktatu o przystąpieniu państwa Piętnastki podkreślają wyraźny element zróżnicowania i elastyczności w tym konkretnym względzie.⁷³ Lecz to właśnie te elementy powodują zawilość i wątpliwości prawne.⁷⁴ Nie zagłębiając się zbyt w analizę tych środków krajowych, można stwierdzić, że w swej wykładni te środki tymczasowe, ograniczające dostęp do rynku, wchodzą w konflikt z zasadą niedyskryminacji, oby-

⁶⁸ Wykaz określony w art. 24: Republika Czeska, swoboda przepływu osób, ust. 3 i 5.

⁶⁹ Patrz: Workers from the new EU face benefit ban, 18.2.2004; Czech leaders criticise Dutch for closing off labour market, 17.2.2004, www.euobserver.com. Patrz również Summary of Transitional Arrangements by County, 29/04/2004, *European Citizen Action Service – Press Release Annex*.

⁷⁰ Parlament Szwecji w ostatniej chwili odrzucił środki ograniczające, które wcześniej zostały ogłoszone przez rząd, „Sweden opens its doors to new EU workers”, 28.4.2004, www.euobserver.com.

⁷¹ Patrz „Row in Ireland over immediate freedom of movement”, 4.7.2002, www.euobserver.com; „UK will not close its borders”, 9.2.2004, www.euobserver.com.

⁷² Patrz a summary of transitional arrangements by country, 29.4.2004, *European Citizens Action Service – Press Release Annex*.

⁷³ Jest tak np. w przypadku Polski: „UE podkreśla zróżnicowanie podejścia i elastyczność, jakie zostały wprowadzone do uzgodnień dotyczących swobodnego przepływu pracowników. Państwa członkowskie podejmą wysiłek przyznania obywatelom polskim większego dostępu do swych rynków pracy na mocy swoich przepisów krajowych, mając na uwadze przyspieszenie zblizania do dorobku. W konsekwencji, możliwości zatrudnienia obywateli polskich w UE powinny ulec znacznej poprawie w dniu przystąpienia Polski. Ponadto państwa członkowskie UE jak najlepiej wykorzystają proponowane uzgodnienia, aby jak najszybciej stosować w pełni dorobek w obszarze swobodnego przepływu pracowników.

⁷⁴ W tym względzie: K. Inglis, *Treading the tightrope between flexibility and legal certainty: The temporary derogations from the acquis on the freedom of movement of workers and safeguard measures under the Accession Treaty*, Conference Paper 2004.

watelstwa UE oraz klauzulą *standstill*, w świetle pkt 14 załączników dotyczących krajów Europy Środkowej i Wschodniej.

Pewne rozbieżności między środkami krajowymi a prawami nowych krajów jako państw członkowskich UE są szczególnie wyraźne. Środki krajowe ograniczają dostęp do rynku pracy UE-15, co w konsekwencji powoduje ograniczenie praw osób poszukujących pracy w świetle art. 39 Traktatu WE, w zakresie poszukiwania pracy, zmiany pracy i pobytu w innym państwie członkowskim. Mimo tych ograniczeń, obywatele nowych państw członkowskich są pełnoprawnymi obywatelami UE, którym przysługują wszystkie prawa określone w art. 12 i 18 WE. Trybunał Sprawiedliwości nadał tym prawom szeroką wykładnię w ramach swojej jurysdykcji, a prawo do niedyskryminacji i pobytu zostały włączone, i mogą one być ograniczane poprzez środki uzasadnione, proporcjonalne i niedyskryminujące.⁷⁵ Rząd brytyjski podjął decyzję o otwarciu rynku pracy, a tym samym powstrzymał się od wprowadzania środków krajowych. Jednakże Wielka Brytania wymaga, aby pracownicy UE-8 rejestrowali się w Home Office. Ograniczyła ona również ich świadczenia socjalne. Wyłącznie pracownicy UE-8 którzy zostali zarejestrowani i pracowali w Wielkiej Brytanii przez co najmniej 12 miesięcy, są uprawnieni do świadczeń pracowniczych.⁷⁶ Z uwagi na Wspólną Strefę Podróżowania, Irlandia również zdecydowała się zmienić, na początku 2004 r., swoje ustawodawstwo dotyczące świadczeń socjalnych i wymaga od osób spełnienia warunku pobytu stałego w Irlandii przez dwa lata, przed uzyskaniem świadczeń socjalnych.⁷⁷

Zmiany te nasuwają wątpliwości dwojakiego rodzaju; po pierwsze, co do klauzuli *standstill*, po drugie, co do prawa do niedyskryminacji obywateli UE. Klauzula *standstill* zawarta w pkt 14 załączników do Traktatu o przystąpieniu dotyczących poszczególnych państw Europy Środkowej i Wschodniej gwarantuje obywatelom UE-8, że środki krajowe nie będą bardziej restrykcyjne niż środki obowiązujące w dniu podpisania Traktatu o Przystąpieniu w kwietniu 2003 r. Ponadto państwa członkowskie mogą odstępować od art. 39 WE w odniesieniu do rynku pracy oraz od art. 1-6 rozporządzenia 1618/68 (wyłączając pozostałe artykuły, także art. 7 rozporządzenia, który reguluje niedyskryminację pracowników w zakresie świadczeń socjalnych). Zgodnie z art. 12 WE, państwa UE-8 mają prawo do niedyskryminacji, art. 7 rozporządzenia 1618/68 podkreśla to prawo w odniesieniu do pracowników i świadczeń pracowniczych. Ponadto państwa członkowskie mogą wymagać od obywateli UE, niezależnie od ich statusu pracowniczego, aby posiadali oni wystarczające środki finansowe. Ale nie dopuszczają one dyskryminacji obywateli UE pod względem świadczeń socjalnych i opodatkowania w związku z ich zatrudnieniem.

Derogacje te okazują się tym bardziej kontrowersyjne w świetle statusu prawnego obywateli państw trzecich. Na przykład nie jest oczywiste, jakie konsekwencje będzie

⁷⁵ Patrz ponadto: TS, sprawa C-184/99 *Grzelczyk* [2001] Zb.Orz. I-6193; TS, sprawa C-413/99 *Baumbast* [2002] Zb.Orz. I-7091; M.Dougan, *A Spectre is Haunting Europe... Free Movement of Persons and the Eastern Enlargement*, w C.Hillion, *EU Enlargement* (2004), str. 114.

⁷⁶ The Social Security (Habitual Residence) Amendment Regulation 2004, Note from the Social Advisory Committee, 23.3.2004, www.ssac.org.uk.

⁷⁷ Polityka społeczna (różne postanowienia) Akt 2004.

miała klauzula *standstill* w połączeniu z preferencją wspólnotową (pkt 14 załączników dla poszczególnych krajów) dla członków rodziny pracownika pochodzącego z nowych państw członkowskich UE-8. W porównaniu z Układem Europejskim pkt drugi załączników dla 8 krajów Europy Środkowej i Wschodniej określa bardziej restrykcyjny wyjątek, zgodnie z którym obywatele państw Europy Środkowej i Wschodniej legalnie zatrudnieni w obecnych państwach członkowskich mają dostęp do rynku pracy tego państwa członkowskiego, o ile byli oni dopuszczeni do rynku pracy na dzień przystąpienia nieprzerwanie przez dwanaście miesięcy i pracowali tam legalnie. Członkowie rodziny będący na utrzymaniu tej osoby mają, z mocy ust. 8, odrębne prawa w zależności od tego, czy już zamieszkiwali oni wraz z pracownikiem w jednym z krajów Piętnastki na dzień przystąpienia. Jednakże, w przypadku gdy przybyli oni do tego państwa członkowskiego po dacie przystąpienia, uzyskują dostęp do rynku pracy dopiero po osiemnastu miesiącach pobytu. Na mocy Układu Europejskiego stosowne uregulowania dotyczące przepływu pracowników i swobody przedsiębiorczości są interpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości w sposób uwzględniający prawa o bezpośrednim zastosowaniu, przyznające prawo wjazdu i pobytu z chwilą, w której dana osoba zarejestruje działalność lub otrzyma legalny pobyt w jednym z państw członkowskich.⁷⁸ Zgodnie z art. 37 polskiego Układu Europejskiego członkowie rodziny pracownika mają dostęp do rynku pracy, jeżeli przebywają legalnie w danym kraju. Może to być sprzeczne z pkt 14, który zawiera wspomnianą klauzulę *standstill* i ustanawia preferencję wspólnotową. Gwarantuje ona nie gorsze warunki po przystąpieniu, a pracownicy z UE-8 uzyskują preferencyjne traktowanie względem obywateli państw trzecich. Jednakże nie jest oczywiste, w jaki sposób Traktat o przystąpieniu odnosi się do wcześniej stosowanych układów europejskich. Ponadto klauzula *standstill* ma zastosowanie do środków krajowych, ale nasuwa wątpliwości w zakresie statusu uzyskanego na podstawie prawa wspólnotowego, które obejmuje układy o stowarzyszeniu zawarte przez Unię Europejską i jej państwa członkowskie. Brak jest bezpośredniego odniesienia do Układu Europejskiego, które ograniczyłoby stosowanie klauzuli *standstill* wyłącznie do środków krajowych.⁷⁹ Jednakże może się ono okazać problematyczne, kiedy okaże się, że po rozszerzeniu pracownicy z państw Europy Środkowej i Wschodniej będą lepiej traktowani niż obywatele Bułgarii i Rumunii, lecz członkowie ich rodzin będą traktowani gorzej.

Inny dyskryminujący przykład różnicowania wyniknie z porównania statusu prawnego osób z krajów EOG i Szwajcarii ze statusem obywateli UE-8. Obywatele Islandii, Księstwa Liechtenstein, Norwegii i Szwajcarii, nie będąc obywatelami UE,

⁷⁸ W odniesieniu do prowadzenia działalności: TS, sprawa C-63/99 *Gloszczuk* [2001] Zb.Orz. I-6369; TS, sprawa C-235/99 *Kondova* [2001] Zb.Orz. I-6427, w odniesieniu do pracowników: TS, sprawa C-162/00 *Pokrzeptoewicz-Meyer* [2002] Zb.Orz. I-1049; TS, sprawa *Deutscher Handballbund* przeciwko *Kolpak* [2003] Zb.Orz. I-4135.

⁷⁹ Na poparcie argumentu, że zasady te mają zastosowanie do Układu Europejskiego patrz: P.Tschäpe, *Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und zum Grundstücksverkehr im Rahmen der Osterweiterung* (2004, forthcoming); przeciwko temu argumentowi patrz: K.Inglis, *Treading the tightrope between flexibility and legal certainty. The temporary derogations from the *acquis* on the free movement of workers and safeguard measures under the Accession Treaty*, Conference Paper 2004.

lecz obywatelami EOG i EFTA, będą korzystali z lepszego dostępu do rynku w nadchodzących latach i będą w konsekwencji lepiej traktowani niż obywatele UE pochodzący z nowych państw członkowskich. Porozumienie EOG przenosi cztery wolności na obywateli EOG. Wraz z rozszerzeniem porozumienie to zostało rozszerzone o Porozumienie o rozszerzeniu EOG. Jednakże, z korzyścią dla państw EOG, zastosowanie będą miały również porozumienia przejściowe oraz klauzule ochronne. Na mocy art. 3 Porozumienia o rozszerzeniu EOG, Akt przystąpienia zostaje włączony do Porozumienia EOG.⁸⁰

Z uwagi na relacje między UE a Szwajcarią, a także na fakt nieuczestniczenia Szwajcarii w EOG, relacje dwustronne między UE a Szwajcarią opierają się od 1999 r. na siedmiu porozumieniach sektorowych. Jedno ze szwajcarskich porozumień sektorowych, które weszło w życie w 2002 r., dotyczy swobodnego przepływu obywateli Szwajcarii i UE⁸¹ W odróżnieniu od Porozumienia EOG, *acquis* nie jest automatycznie rozszerzane, ale szwajcarski rynek pracy zostanie otwarty stopniowo w ciągu 12 lat, przy czym po siedmiu latach tego okresu Szwajcarzy w referendum zadecydują, czy należy kontynuować stosowanie tej umowy sektorowej przez czas nieokreślony. Od momentu wejścia w życie wyniku referendum, obywatele UE legalnie przebywający w Szwajcarii mają prawo do traktowania niedyskryminującego (art. 2 porozumienia sektorowego), po dwóch latach pierwszeństwo przyznane obywatelom Szwajcarii zostanie zniesione, a po pięciu latach zniesione zostaną również kontyngenty dla pracowników Wspólnoty. Tak więc ustanowienie całkowicie swobodnego przepływu pracowników zabierze dwanaście lat.⁸² W pierwszej połowie 2004 r. UE wynegocjowała ze Szwajcarią rozszerzenie zakresu porozumienia na państwa przystępujące. Choć UE nalegała w początkowej fazie negocjacji na takie same traktowanie obecnych i nowych obywateli UE przez rząd szwajcarski, Szwajcaria powołała się na deklarację dotyczącą stosowania państw członkowskich dotyczącą utrzymania obecnych środków krajowych, co oznacza, że Szwajcaria mogłaby ewentualnie otworzyć swój rynek pracy wcześniej niż UE-15. Szwajcaria oraz UE uzgodniły następnie, że Szwajcaria może utrzymać siedmioletni okres przejściowy do 30 kwietnia 2011 r., oparty na systemach kontyngentów, a także może traktować odmiennie obywateli Piętnastki, którzy otrzymają pełny dostęp do szwajcarskiego rynku pracy do 2007 r., od obywateli UE-8, którzy będą mieli ograniczony dostęp do 2011 r.⁸³ Niezależnie od tej oczywistej dyskryminacji wśród obywateli UE w stosunkach zewnętrznych⁸⁴, wątpliwości prawne budzi kwestia, czy te porozumienia i uzgodnienia będą stosowa-

⁸⁰ Patrz: <http://secretariat.efta.int>.

⁸¹ Patrz S. Breitenmoser, Sectoral Agreements between the EC and Switzerland: Content and Context, CMLRev 2003, str. 1137.

⁸² W razie poważnych trudności gospodarczych i społecznych, Wspólny Komitet podda badaniu środki mające na celu naprawę sytuacji, patrz art. 14 ust. 2 Umowy Sektorowej ze Szwajcarią.

⁸³ Dodatkowo stosuje się ogólną klauzulę ochronną do 2014 r., patrz: Neuerungen beim freien Personenverkehr Schweiz – EU ab 1.Juni 2004, Medienmitteilung Staatssekretariat für Wirtschaft.

⁸⁴ Wątpliwe jest, czy ta forma dyskryminacji jest, w świetle prawa WE, istotna i czy można dopatrzeć się jej analogii z dyskryminacją odwrotną (ang. *reverse discrimination*).

ne tymczasowo od 1 maja 2004 r., czy od momentu, kiedy naborą one mocy w wyniku przewidzianego referendum w Szwajcarii.⁸⁵

Zróżnicowanie wśród dotychczasowych i nowych państw członkowskich Europy Środkowej i Wschodniej stanie się oczywiste w wyniku porównania praw państw UE-8 z prawami państw trzecich. Choć obywatele pochodzący z państw Europy Środkowej i Wschodniej są pełnoprawnymi obywatelami UE, ich prawa pracownicze są w sposób oczywisty ograniczone, a ograniczenie to rozszerza swój zakres w odniesieniu do sąsiadujących państw trzecich, których obywatele podlegają specjalnemu uprzywilejowanemu statusowi prawnemu na mocy prawa UE, podobnie do obywateli UE. Problematyczna z politycznego punktu widzenia jest sytuacja, w której obywatele spoza Wspólnoty mają większe prawa niż obywatele UE. W przypadku Bułgarii i Rumunii, które nadal podlegają Układowi Europejskiemu, wątpliwości nasuwa sytuacja członków rodziny będących na utrzymaniu pracownika; w przypadku dwóch pozostałych krajów przystępujących do Unii, Cypru i Malty, obywatele nie podlegają żadnym ograniczeniom, oraz; po trzecie, uprzywilejowani obywatele państw trzecich pochodzący ze Szwajcarii, a także państw EOG nie podlegają ograniczeniom w zakresie dostępu do rynków pracy UE.

3.2.3. II Przykład: Przepływ kapitału

Otwarcie rynku pracy było jedną z kluczowych kwestii politycznych dla Niemiec i Austrii. Natomiast w toku negocjacji akcesyjnych okazało się, że najwięcej emocji politycznych budzi nabywanie kapitału w krajach kandydackich, szczególnie w Polsce i Republice Czeskiej. W trakcie rozmów Polska żądała długiego okresu przejściowego dla stosowania dorobku w tym obszarze.⁸⁶ Unia Europejska zaofiarowała krajom kandydackim pięcioletni okres przejściowy w nabywaniu drugich domów oraz siedmioletni okres przejściowy w nabywaniu gruntów rolnych i leśnych, przy czym rozwiązanie to miało nie dotyczyć rolników prowadzących działalność na własny rachunek.⁸⁷ Ostatecznie nowe państwa członkowskie uzyskały bardzo zróżnicowane uzgodnienia tymczasowe, w ramach których istniały różnice między drugimi domami a gruntami rolnymi i lasami. Wyjątek stanowi Słowenia, gdzie rynek w tym obszarze zostanie otwarty bezpośrednio po przystąpieniu, jednakże może ona stosować w wyjątkowych okolicznościach środek ochronny określony w art. 37 Aktu przystąpienia.⁸⁸ Republika Czeska może przez pięć lat od daty przystąpienia utrzymywać swoje przepisy krajowe ograniczające nabywanie drugich domów przez obywateli starych państw członkowskich, a także przez firmy utworzone na mocy

⁸⁵ Referendum odbędzie się najprawdopodobniej w połowie 2005 r.

⁸⁶ Obawy w tych dwóch państwach dotyczyły głównie tego, że Niemcy i Austriacy będą masowo kupować domy i nieruchomości w tych dwóch krajach, czego wynikiem będzie „wykupienie” Polski oraz Republiki Czeskiej.

⁸⁷ S. Peers, *Free Movement of Capital*, str. 547, w Ott i Inglis (red.), op.cit; P.Tschäpe, *Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und zum Grundstücksverkehr im Rahmen der Osterweiterung* (2004, w przygotowaniu).

⁸⁸ Patrz Peers, *note supra*. Malta jako bardzo mały kraj zdołała uzyskać, na mocy protokołu duńskiego, podobne warunki dotyczące nabywania drugich domów na Malcie.

przepisów prawa innego państwa członkowskiego. W odniesieniu do nabywania ziemi i innych rodzajów własności rolnej, mogą zostać utrzymane istniejące uregulowania krajowe przez siedem lat. W przypadku Polski przewiduje się pięcioletnie ograniczenie w nabywaniu drugich domów przez obywateli i firmy z obecnych państw członkowskich, natomiast w nabywaniu własności rolnej ograniczenie to jest przewidziane na dwanaście lat. Węgry utrzymują pięcioletnią derogację w odniesieniu do drugich domów, natomiast w odniesieniu do gruntów rolnych okres ochronny będzie trwał siedem lat.

Ograniczeniami tymi nie są objęci obywatele UE i EOG, którzy legalnie przebywają w Polsce od czterech lat, a w przypadku Republiki Czeskiej rolnicy prowadzący działalność na własny rachunek pochodzący z obecnych państw członkowskich, którzy pragną prowadzić działalność i przebywać na stałe w Republice Czeskiej. Trzeciego roku od daty przystąpienia przeprowadzona zostanie ogólna kontrola stosowania tych środków przejściowych, w wyniku której Komisja przedstawi Radzie stosowne sprawozdanie.⁸⁹ Również w tym przypadku wspomniany okres może zostać przedłużony w razie poważnego zakłócenia rynku rolnego nowych państw członkowskich.

3.3. Klauzule ochronne

3.3.1. Ogólna klauzula ochronna określona w art. 37 Aktu przystąpienia

Artykuł 37 zawiera ogólną klauzulę ochronną, znaną z poprzednich rozszerzeń, która została ukształtowana na podstawie poprzedniej ogólnej klauzuli ochronnej Traktatu WE (zawartej w art. 226, skreślonym z Traktatu Amsterdamskiego). Jednakże w porównaniu z klauzulą ochronną zawartą w Akcie przystąpienia Austrii, Finlandii i Szwecji (na przykład art. 152),⁹⁰ której stosowanie zostało ograniczone do roku od daty przystąpienia, art. 37 obecnego Aktu przystąpienia stosuje się przez okres nieprzekraczający trzech lat od daty przystąpienia.⁹¹

Zgodnie z tą klauzulą nowe i obecne państwa członkowskie mogą wystąpić do Komisji o przyjęcie środków ochronnych w razie poważnych i długotrwałych trudności w dowolnym sektorze gospodarki lub trudności mogących spowodować poważne pogorszenie się sytuacji gospodarczej danego obszaru. Komisja następnie ustala konieczne środki ochronne, włączając derogacje od postanowień Traktatu WE oraz od Aktu przystąpienia, o ile będą one konieczne i proporcjonalne.⁹²

⁸⁹ W odróżnieniu od regulacji w sprawie Polski, postanowienie dotyczące Czech przewiduje, że okres ten może zostać przedłużony w przypadku poważnego zakłócenia lub zagrożenia poważnym zakłóceniem rynku rolnego Republiki Czeskiej.

⁹⁰ W zakresie poprzednich klauzul ochronnych, takich jak art. 135 w 1972 r., art. 139 w 1979 r., art. 379 w 1985 r. traktatów o przystąpieniu: A. Lopian, *Übergangsrégime für Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften* (1994), str. 94.

⁹¹ A zatem możliwe jest przedłużenie do maja 2007 r.

⁹² „Pierwszeństwo przyznaje się środkom, które w możliwie najmniejszy sposób zakłócają funkcjonowanie wspólnego rynku.”

3.3.2. Klauzule ochronne dotyczące rynku wewnętrznego, polityk sektorowych, spraw karnych i zagadnień obywatelskich, artykuły 38 i 39 Aktu przystąpienia

Te dwie klauzule ochronne nadają Komisji nowe szerokie kompetencje w zakresie monitorowania. Tego rodzaju klauzule nie były włączone do poprzednich aktów przystąpienia.⁹³ Po pierwsze, art. 38 stosuje się w razie naruszenia przez nowe państwa członkowskie zobowiązań podjętych w toku negocjacji przedakcesyjnych, które może spowodować poważne zakłócenie bądź potencjalne ryzyko zakłócenia funkcjonowania rynku wewnętrznego, włącznie z zobowiązaniami w ramach wszystkich polityk sektorowych dotyczących działalności gospodarczej o skutku transgranicznym. Mogą one być stosowane w okresie przynajmniej trzech lat, lecz bez wyraźnie sprecyzowanego końca, ponieważ ich stosowanie może zostać przedłużone do momentu wypełnienia odnośnego zobowiązania. Zobowiązania te stanowią zobowiązania w zakresie zasadniczej części dorobku Unii Europejskiej.⁹⁴

Artykuł 39 zawiera klauzulę ochronną dotyczącą zobowiązań podjętych w zakresie dorobku dotyczącego wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, mianowicie wszelkich środków dotyczących wzajemnego uznawania w dziedzinie prawa karnego na mocy tytułu VI Traktatu UE, a także dyrektyw i rozporządzeń dotyczących wzajemnego uznawania spraw cywilnych na mocy tytułu IV Traktatu UE.⁹⁵ Podczas gdy

⁹³ Patrz również: F. Bigami, *The Challenge of Cooperative Regulatory Relations after Enlargement*, Conference Paper, Columbia University, April 2003, str. 22 oraz K. Inglis, *The Accession Treaties and Transitional Arrangements: A twilight zone for the new Member States*, w Hillion, *op. cit.*

⁹⁴ Artykuł 38: „Jeżeli nowe Państwo Członkowskie nie wprowadziło w życie zobowiązań podjętych w ramach negocjacji w sprawie przystąpienia powodując poważne naruszenie funkcjonowania rynku wewnętrznego, włączając w to jakiekolwiek zobowiązania we wszystkich politykach sektorowych dotyczących działalności gospodarczej o skutku transgranicznym, lub też bliskie ryzyko wystąpienia takiego naruszenia, Komisja może podjąć odpowiednie środki do końca najwyżej trzyletniego okresu następującego po dniu wejścia w życie niniejszego Aktu, na uzasadniony wniosek Państwa Członkowskiego lub z własnej inicjatywy. Środki muszą być proporcjonalne, a pierwszeństwo przyznaje się środkom, które w możliwie najmniejszy sposób zakłócają funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a w stosownym przypadku, pierwszeństwo przyznaje się istniejącym sektorowym mechanizmom ochronnym. Takie środki ochronne nie będą stanowiły środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między Państwami Członkowskimi. Możliwe jest powołanie się na powyższą klauzulę ochronną nawet przed przystąpieniem, na podstawie wyników procesu monitorowania; w takim wypadku wejdzie ona w życie z dniem przystąpienia. Środki te utrzymuje się nie dłużej niż to konieczne, a w każdym przypadku zostaną one zniesione w momencie realizacji określonego zobowiązania. Mogą one jednak być stosowane po upływie okresu wymienionego w pierwszym akapicie, tak długo jak odpowiednie zobowiązania nie będą wykonane. W odpowiedzi na postępy poczynione przez dane nowe Państwo Członkowskie w wykonywaniu swoich zobowiązań, Komisja może odpowiednio dostosować środki. W odpowiednim czasie przed uchynieniem środków ochronnych, Komisja powiadomi Radę i weźmie w pełni pod uwagę wszelkie uwagi poczynione przez Radę w tym względzie”.

⁹⁵ Artykuł 39: „Jeżeli w nowym Państwie Członkowskim wystąpią poważne braki lub bliskie ryzyko wystąpienia takich braków w transpozycji, we wprowadzaniu w życie lub w stosowaniu decyzji ramowych lub jakichkolwiek innych zobowiązań, instrumentów współpracy i decyzji odnoszących się do wzajemnego uznawania w obszarze prawa karnego – zgodnie z tytułem VI Traktatu WE oraz z dyrektywami i rozporządzeniami odnoszącymi się do wzajemnego uznawania spraw cywilnych na mocy tytułu IV Traktatu WE - Komisja może podjąć odpowiednie środki, wskazując warunki i zasady, na jakich będą

warunki określone w art. 39 można uzasadnić równym traktowaniem, w przypadku uwzględnienia sytuacji w dotychczasowych państwach członkowskich tam, gdzie ich wzajemne zaufanie w tych obszarach jest ograniczone, warunki określone w art. 38 odzwierciedlają zakrojony na szeroką skalę poakcesyjny proces monitorowania i kontroli przestrzegania. Te klauzule ochronne przenoszą warunki przedakcesyjne, które były wcześniej wyłącznie stosowane przez Unię Europejską i obecne państwa członkowskie zgodnie z warunkami Partnerstwa dla Członkostwa i art. 4 rozporządzenia 622/98⁹⁶ na fazę poakcesyjną i nadają im status wiążących. Dają one również Komisji nowe narzędzie dostosowawcze, które wychodzi poza istniejącą procedurę stosowaną wobec UE-15 w razie naruszeń w rozumieniu art. 226 i art. 228 WE.

W praktyce, jeszcze przed rozszerzeniem Komisja groziła wykorzystaniem środków ochronnych przeciwko Polsce, jeżeli nasz kraj nie wypełni swoich obowiązków i nie przyspieszy realizacji zobowiązań akcesyjnych.⁹⁷ W pismach ostrzegających przesłanych przez Komisję 11 marca 2003 r. Polska została wskazana jako największy winowajca, dopuszczający się zaniedbań w dziewięciu obszarach prawa UE, w tym: rynek wewnętrzny, zasady konkurencji, politykę audiowizualną, unię celną oraz kontrolę finansową.⁹⁸ Surowe traktowanie przez Komisję zaniedbań w realizacji zobowiązań znajduje odbicie w szczegółowych sprawozdaniach monitorujących Komisji, dotyczących gotowości krajów kandydackich, wydanych w listopadzie 2003 r.⁹⁹ Szczególnie klauzula ochronna w zakresie rynku wewnętrznego, mająca na celu monitorowanie krajów kandydackich, wydaje się być problematyczna, w świetle historii wdrażania dorobku w zakresie rynku wewnętrznego przez stare państwa członkowskie, czyli państwa

one wprowadzane w życie, do końca najwyższej trzyletniego okresu następującego po dniu wejścia w życie niniejszego Aktu, na uzasadniony wniosek Państwa Członkowskiego lub z własnej inicjatywy, po przeprowadzeniu konsultacji z Państwami Członkowskimi. Środki te mogą przyjąć postać czasowego zawieszenia stosowania odpowiednich postanowień i decyzji w stosunkach między nowym Państwem Członkowskim i jakimkolwiek innym Państwem Członkowskim lub Państwami Członkowskimi, bez uszczerbku dla kontynuacji ścisłej współpracy sądowej. Możliwe jest powołanie się na klauzulę ochronną nawet przed przystąpieniem, na podstawie wyników procesu monitorowania; w takim przypadku wejdzie ona w życie z dniem przystąpienia. Środki te utrzymuje się nie dłużej, niż jest to ściśle niezbędne, a, w każdym przypadku, zostaną one zniesione w momencie uzupełnienia braków. Mogą one jednak być stosowane po upływie okresu wymienionego w pierwszym akapicie, tak długo jak odpowiednie braki utrzymują się. W odpowiedzi na postępy poczynione przez zainteresowane nowe Państwo Członkowskie w uzupełnianiu braków, Komisja może odpowiednio dostosować środki, po przeprowadzeniu konsultacji z Państwami Członkowskimi. W odpowiednim czasie przed uchYLENIEM środków ochronnych Komisja powiadomi Radę i weźmie w pełni pod uwagę wszelkie uwagi poczynione przez Radę w tym względzie”.

⁹⁶ Zgodnie z którym wobec kandydata, u którego brak określonego kluczowego elementu Unii Europejskiej, Rada może podjąć kroki w zakresie już przyznanej pomocy przedakcesyjnej; patrz K. Inglis, *Enlargement*, str. 110, in Ott i Inglis (red.), *op. cit.*

⁹⁷ W tej kwestii patrz E.Landaburu from the DG Enlargement on 29 April 2003 in a joint committee of the Polish and European Parliament in Warsaw. Patrz również: K.Inglis, *The Union's fifth accession treaty: new means to enlargement*, *CMLRev* 2004, str. 20-22.

⁹⁸ Komisja grozi Polsce środkami ochronnymi, 30.4.2003, www.euractiv.com

⁹⁹ Patrz http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/index.htm:

UE-15.¹⁰⁰ Ponadto pojawiają się wątpliwości co do rodzaju naruszeń zobowiązań, jakie powinny powodować zastosowanie środków naprawczych, a także rodzaju środków, jakie powinny zostać zastosowane w odpowiedzi na poważne naruszenia. We Wspólnej Deklaracji Republiki Czeskiej, Estonii, Litwy, Polski, Słowenii oraz Republiki Słowackiej dotyczącej art. 38 Aktu przystąpienia załączonego do Aktu końcowego Traktatu o przystąpieniu, państwa te zadeklarowały, że niewypełnienie zobowiązań dotyczy wyłącznie zobowiązań wynikających z traktatów.¹⁰¹ Interpretacja ta nie jest jednakże wiążąca, ponieważ nie jest dwustronna; z drugiej zaś strony może zostać poddana w wątpliwość w świetle sformułowań tej klauzuli ochronnej. Komisja oraz państwa członkowskie UE-15 domagały się uwzględnienia specjalnego monitoringu w zakresie zdolności do stosowania *acquis communautaire*. Ta zdolność administracyjna jest znana jako tzw. kryterium madryckie, które uzupełnia kryteria kopenhaskie i kładzie szczególny nacisk na zdolność do budowania instytucji.¹⁰² Ponadto nie określono charakteru środków przeciwdziałania brakom; stwierdzono jedynie, że muszą być one proporcjonalne i nie mogą prowadzić do arbitralnej dyskryminacji. Nie można dopatrywać się analogii między klauzulą ochronną a art. 7 UE, który ogranicza określone prawa państw członkowskich w przypadku naruszeń fundamentalnych zasad unijnych określonych w art. 6 UE. Ta klauzula ochronna musi być raczej postrzegana w świetle procedury mającej zastosowanie w przypadku naruszeń, określonej w art. 226 oraz art. 228 WE, i może jedynie powodować proporcjonalne środki zaradcze. Zgodnie z art. 228 WE środki te obejmują zobowiązanie do działania lub zaprzestania naruszeń.

3.3.3. Klauzule ochronne w traktatach o przystąpieniu z Bułgarią oraz Rumunią

Również do traktatów o przystąpieniu z Bułgarią i Rumunią zostanie włączona nowa klauzula ochronna, na mocy której przystąpienie tych krajów do Unii może zostać odłożone o rok, jeżeli sprawozdania z monitoringu prowadzonego przez Komisję wskażą wyraźne dowody, że stan przygotowań do przyjęcia i wdrażania *acquis* powoduje poważne ryzyko, że kraje te nie będą przygotowane do spełnienia

¹⁰⁰ W tym zakresie patrz: Internal Market Scoreboard z lipca 2004 r., wskazujący, obok Grecji, członków założycieli - Francję i Niemcy jako główne państwa naruszające dorobek w zakresie Rynku Wewnętrznego, *Internal Market Scoreboard*, DG Internal Market, lipiec 2004, nr 13.

¹⁰¹ „Republika Czeska, Republika Estońska, Republika Litewska, Rzeczpospolita Polska, Republika Słowenii oraz Republika Słowacka rozumieją, iż określenie „nie wprowadziło w życie zobowiązań podjętych w ramach negocjacji w sprawie przystąpienia” obejmuje wyłącznie obowiązki, które wynikają z traktatów założycielskich mających zastosowanie do Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Litewskiej, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej, zgodnie z warunkami ustanowionymi w Akcie przystąpienia oraz obowiązkami określonymi w tym Akcie. W związku z powyższym Republika Czeska, Republika Estońska, Republika Litewska, Rzeczpospolita Polska, Republika Słowenii i Republika Słowacka rozumieją, że Komisja rozważy zastosowanie artykułu 38 wyłącznie w przypadkach zarzutu naruszeń zobowiązań, o których mowa w poprzednim akapicie”

¹⁰² W tym zakresie patrz: P. Nicolaides, *Preparing for Accession to the European Union: How to Establish Capacity to Effective and Credible Application of EU Rules*, str. 43, w M. Cremona (red.) *The Enlargement of the European Union* (2003).

wymagań członkostwa. W takim przypadku Rada podejmie jednogłośnie decyzje na podstawie zalecenia Komisji.¹⁰³ Ta klauzula ochronna stanowi nowe narzędzie warunkowości, stworzone z myślą o potencjalnym przystąpieniu do Unii Turcji i wzmacniające istniejące prawa przysługujące Komisji w zakresie monitorowania poprzez nową formę prawnie wiążącej klauzuli, nie znaną wcześniej w prawie Wspólnoty.

3.4. System przejściowy

Systemy przejściowe, mające zastosowanie do nowych państw członkowskich, są wspomniane w art. 41 w odniesieniu do rolnictwa i w art. 42 w odniesieniu do przepisów weterynaryjnych i fitosanitarnych. Zgodnie z art. 41 Komisja może przyjąć środki, o ile to konieczne, by ułatwić przejście z systemów istniejących w nowych państwach członkowskich do Wspólnej Polityki Rolnej. Również w tym przypadku okres potrzebny na to wynosi przynajmniej trzy lata i może zostać przedłużony przez Radę działającą jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim.

3.5. Wnioski: Elastyczna, ale złożona sytuacja prawna

Wyżej opisane zróżnicowanie w obecnym Traktacie o przystąpieniu ma na celu dostosowanie nowo przybywających państw członkowskich do potrzeb politycznych i gospodarczych państw UE-15. W tym celu państwa członkowskie korzystają z elastycznych narzędzi, takich jak ustalenia przejściowe oraz klauzule ochronne dające derogacje od zasadniczych części *acquis* w zakresie rynku wewnętrznego, lecz są ograniczane ogólnymi zasadami UE w zakresie obywatelstwa, niedyskryminacji i klauzuli *stand-still*. Elastyczność ta powoduje złożoność prawną i wątpliwości interpretacyjne, które zagrażają jednolitemu stosowaniu prawa UE przez sądy. Ponadto orzecznictwo w zakresie obywatelstwa UE zostało rozbudowane¹⁰⁴, a ponadto oczekiwane są zmiany wraz z przyjęciem nowej dyrektywy w sprawie swobodnego przepływu¹⁰⁵ oraz konstytucji, zawierającej prawnie obowiązującą Kartę Praw Człowieka. Wreszcie powstaje pytanie, w jaki sposób zmiany te będą ograniczane prawem unijnym.

¹⁰³ Według Komisji, mechanizm ten działa podobnie do „odstrasżającego guzika nuklearnego”, Bulgaria, Romania face safeguard from Commission, 17.6.2004, www.euractiv.com.

¹⁰⁴ W orzecznictwie: TS, sprawa C-184/99 Grzelczyk [2001] Zb. Orz. I-6193; TS, sprawa C-413/99 *Baumbast i R* [2002] Zb. Orz. I-7091

¹⁰⁵ Dyrektywa 2004/38/WE Dz. U. 2004 L 229/35, przewidywana data wejścia w życie 1.5.2006.

4. Zróżnicowanie poprzez Konstytucję UE

Elastyczność konstytucyjna definiuje wszystkie klauzule prawa pierwotnego, które umożliwiają w ramach systemu traktatowego dalszą zróżnicowaną integrację poprzez istniejące mechanizmy traktatowe. Formy te rozwinęły się wcześniej poza UE i traktatami WE. Inne przykłady elastyczności traktatowej, które zostały włączone do traktatów UE oraz WE, stanowią szczególne klauzule upoważniające określone na potrzeby elastyczności w art. 7 UE, art. 15 WE oraz art. 95 ust. 4 WE.¹⁰⁶ Artykuł 95 ust. 4 WE pozwala państwom członkowskim na stosowanie bardziej surowych środków krajowych ze względu na ochronę zdrowia, ukazując, że te szczególne klauzule upoważniające muszą być postrzegane w świetle zmieniającej się koncepcji Wspólnoty, transformacji z całkowitej harmonizacji do harmonizacji minimalnej, co znajduje odzwierciedlenie również w przepisach dotyczących ochrony środowiska naturalnego (art. 176 WE), ochrony konsumenta (art. 153 ust. 5 WE) oraz polityki społecznej (art. 137 ust. 5 WE). Tak więc klauzule te umożliwiają państwom członkowskim różnicowanie ustawodawstwa z uzasadnionych względów dotyczących ochrony zdrowia, ochrony konsumenta oraz polityki społecznej.¹⁰⁷

4.1. Wprowadzenie ogólnej klauzuli upoważniającej

Temat zróżnicowania ponownie przebił się na pierwszy plan przy okazji rozszerzenia. Pierwsze sześć państw członkowskich wyraziło w trakcie Konferencji Międzypaństwowej 1996 r. potrzebę konstytucjonalnie usankcjonowanej wersji elastyczności w formie ogólnej klauzuli upoważniającej.¹⁰⁸ Elastyczność została ostatecznie ukonstytuowana Traktatem Amsterdamskim w formie ściślejszej współpracy.¹⁰⁹ Dwadzieścia lat wcześniej unikano jej bardzo skrupulatnie w oficjalnych tekstach, co znajduje swoje odzwierciedlenie w projektach konstytucji rozpatrywanych przez Parlament Europejski. W tekście projektu konstytucji przedstawionym przez Parlament Europejski w roku 1984 nie opisano jeszcze ogólnego instrumentu elastyczności (patrz wniosek Spinelliego).¹¹⁰ Jednakże dziesięć lat później wniosek Hermana przedstawiony w Parlamencie Europejskim wprowadzał, w art. 46, klauzulę dotyczącą elastyczności konstytucyjnej: „Państwa Członkowskie, które wyrażą takie pragnienie, mogą przyjmować między sobą przepisy umożliwiające im dalsze i szybsze działania

¹⁰⁶ Ostatnie dwa zostały wprowadzone Jednolitym Aktem Europejskim.

¹⁰⁷ W tym względzie: Vos, *op. cit.*, str. 145-179.

¹⁰⁸ B. P. G. Smith, *Constitution building in the European Union*, str. 110 (2002).

¹⁰⁹ Patrz Intergovernmental Conference Briefing No. 4 Differentiated Integration, 19 marca 1997, http://www.europarl.eu.int/igc1996/fiches/fiche4_en.htm.

¹¹⁰ Dz. U. 1984 C/27.

zmierzające do integracji Europejskiej, pod warunkiem, że proces pozostanie w każdym momencie otwarty dla każdego Państwa Członkowskiego pragnącego przystąpić do tego procesu i że przyjęte przepisy pozostaną zgodne z celami Unii i zasadami Konstytucji.”¹¹¹

Ten przełom w opinii organu mającego na uwadze integrację, takiego jak Parlament Europejski, spowodował wydarzenia, które miały miejsce między rokiem 1984 a 1995. Wewnętrzne reformy oraz ewolucja spowodowały przekształcanie się Wspólnoty Europejskiej w Unię opartą na trzech filarach, której jednym z centralnych elementów jest rynek wewnętrzny. Nowe wyzwania pojawiły się również wraz z ustanowieniem Unii Gospodarczo-Walutowej, a w szerszym kontekście wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa oraz wspólnych granic, wraz z pojawieniem się problemów w Danii, Wielkiej Brytanii, Francji i Niemczech.¹¹² Jednocześnie, jeżeli chodzi o stosunki zewnętrzne, Wspólnota została poszerzona o Hiszpanię, Portugalię w 1986 r., a następnie o Austrię, Finlandię oraz Szwecję w 1995 r. oraz rozpoczęła piąty etap swojego rozszerzenia o osiem krajów Europy Środkowej i Wschodniej, a także Maltę oraz Cypr. Ogólny projekt przygotowań do trzeciego etapu rozszerzenia struktur europejskich rozpoczął się Konferencją Międzyrządową w 1996 r. W świetle wagi procesu rozszerzenia oraz świadomości wszystkich jego uczestników co do problemów związanych z rozszerzeniem osiągnięcia i zmiany, jakie dokonały się między rokiem 1997 a 2000, rozczarowują i są niewystarczające.¹¹³ Jedną z istotnych zmian, jakie osiągnięto, było jednak wprowadzenie klauzuli upoważniającej do Traktatu WE oraz UE, która była przedmiotem wielu debat uczestników Konferencji Międzyrządowej w 1996 r.¹¹⁴

4.2. Amsterdamska wersja ściślejszej współpracy

Traktat Amsterdamski wprowadził w 1997 r., artykułami 40 – 45 traktatu, po pierwsze, konstytucyjnie usankcjonowaną wersję bliższej współpracy; po drugie, klauzulę upoważniającą w ramach trzeciego filaru oraz; po trzecie, art. 11 WE do filaru wspólnotowego. Pierwotna koncepcja ogólnej klauzuli dotyczącej elastyczności utarła szlak dla przepisów szczegółowych w poszczególnych filarach, mimo że artykuły 43 oraz 44 Traktatu UE należy odczytywać w relacji do art. 11 Traktatu WE w odniesieniu do środków w pierwszym filarze. Treść stosownych artykułów ujawnia złożoność uzasadnionego korzystania ze ściślejszej współpracy. Przepisy były dziwną mieszaniną norm merytorycznych i proceduralnych o wzajemnie zaziębającym się zakresie stosowania. Ze sformułowań przepisów wyraźnie wynika, że ściślejsza współpraca musi mieć pozytywne rezultaty, ale brak jasno sformułowanych szczegółów. Przepisy dotyczące ściślejszej współpracy zdecydowanie nie są wzorem dobrze sformułowanego aktu prawnego. Nie tylko dlatego, że wzajemnie zachodzą na sie-

¹¹¹ Dz. U. 1994 C 61/155.

¹¹² W tym względzie: S. Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, (2002), str. 31.

¹¹³ I. Pernice, *Institutional Settlement for an Enlarged European Union*, kwiecień 2003, *Walter-Hallstein-Instituts-Paper* 5/03.

¹¹⁴ Patrz: Tuytschaever, *op. cit.*, str. 33.

bie, są w części zbyt techniczne lub, co gorsza, niejasne, lecz również dlatego, że ich sformułowania komplikują ich stosowanie, a projektodawcy nie byli w stanie oddzielić wymagań proceduralnych od merytorycznych. Przepisy te obejmują również takie ogólne klauzule jak „ważne i stwierdzone względy polityki krajowej” oraz „środek ostateczny”, które wymagały szerszej interpretacji politycznej, a nie prawnej.

Dlatego instrument ten nie był jak dotąd wykorzystywany, a krytycy pozostali wobec niego sceptyczni z uwagi, na przykład, na wymaganie uczestnictwa większości państw członkowskich. Ponadto wymagał on formy kompromisu luksemburskiego, na skutek którego jego stosowanie mogło zostać zablokowane sprzeciwem członka nieuczestniczącego w instrumencie, powołującego się na ważne i uzasadnione względy polityki krajowej. Znamienne jest również to, że pierwszy projekt artykułów dotyczących elastyczności stworzony przez prezydentkę irlandzką podczas Konferencji Międzyrządowej w 1996 r. zawierał skromną listę elementów ściślejszej integracji obejmującą: edukację, szkolenia zawodowe, sprawy młodzieży, kulturę, zdrowie publiczne, turystykę, energetykę, ochronę ludności, sieci transeuropejskie, przemysł, badania i technologię, współpracę w zakresie rozwoju oraz walkę przeciwko wykluczeniu społecznemu.¹¹⁵ W większości z tych obszarów już obecnie można zaobserwować przykłady programów skutecznej współpracy między państwami członkowskimi, i co zrozumiałe, niewskazane byłoby obejmowanie tych obszarów bardziej restrykcyjnymi i mniej przejrzystymi wymogami instytucjonalnymi i proceduralnymi ogólnej klauzuli upoważniającej.

4.3. Zmiany nicejskie oraz zmiany projektu konstytucji w zakresie wzmocnionej współpracy

Wraz z wejściem w życie Traktatu Nicejskiego 1 lutego 2003 r., ściślejszej współpracy nadano nazwę wzmocnionej współpracy i rozszerzono ją na politykę zagraniczną (wyłączając jednakże sprawy mające konsekwencje militarne i obronne).¹¹⁶ Ponadto w sytuacji braku większego sprzeciwu ze strony mniejszych państw członkowskich oraz pojawienia się nowych interesujących sojuszy wśród państw członkowskich,¹¹⁷ możliwe było wprowadzenie pewnych zmian do klauzuli elastyczności określonej w traktatach. Zmiany te zostały wprowadzone z myślą o poprawie jasności stosowania przepisów.

Zmieniając art. 40 UE, wzmocnionej współpracy nadano bardziej wyraźny cel, a ograniczenie wynikające z kompromisu luksemburskiego zostało wyeliminowane w pierwszym filarze oraz w trzecim filarze. Ponadto do ośmiu została obniżona minimalna liczba uczestniczących państw członkowskich, co stanowi większość obecnej

¹¹⁵ Tuytschaever, *op. cit.*, str. 55.

¹¹⁶ Patrząc na przygotowanie wniosku Niemiec i Włoch, CONFER 4783/00, Belgii, CONFER 4765/00, i Hiszpanii, CONFER 4760/00. Wielka Brytania, Szwecja i Dania wyraziły zastrzeżenia natury ogólnej.

¹¹⁷ Tak było w przypadku krajów Beneluksu, które gorąco wspierały wprowadzenie klauzuli, lecz bardzo niechętnie liberalizacji kryteriów stosowania. W odróżnieniu tych państw Hiszpania okazała się być przychylna rozszerzeniu na drugi filar.

liczby piętnastu państw członkowskich. Po drugie, kryteria indywidualne wspomniane w art. 11 WE zostały włączone do postanowień ogólnych art. 43 UE, co miało na celu wyeliminowanie powtarzania się kryteriów w różnych filarach. W tym względzie art. 43 (a) został zmieniony w celu wzmocnienia procesu integracji. Kryterium (c) zostało zmienione w taki sposób, że skreślono wymóg ostateczności, zastępując go wcześniej obowiązującym (e) wymogiem stosowania dorobku wspólnotowego. Jednakże wymóg ten został złagodzony i nie mówi już o „naruszaniu” lecz „poszazowaniu”. Dla porównania, stosowne postanowienie traktatu już nie stanowi o naruszeniu *kompetencji, praw, zobowiązań i interesów nieuczestniczących państw członkowskich*. Zamiast tego, uznanie tych praw, kompetencji oraz zobowiązań jest wspomniane w (h). Nowe zmiany w ramach art. 43 UE doprowadziły do włączenia kryterium, zgodnie z którym obszary wzmocnionej współpracy nie mogą podlegać wyłącznej kompetencji Wspólnoty (kryterium (d)). Nowe zmiany można również znaleźć w (e) i (f).¹¹⁸

Generalnie, wymagania proceduralne uczyniono bardziej przejrzystymi, oddzielając je od wymagań merytorycznych w art. 40a UE. Pozycja Komisji została również nieznacznie wzmocniona w trzecim filarze (artykuł 40a ust. 1), państwa członkowskie muszą przedkładać wnioski Komisji, ta z kolei przedstawia je Radzie.¹¹⁹ To, czy pozycja Parlamentu została wzmocniona, może jednakże, być poddane w wątpliwość, wobec faktu, że już wcześniejsze przepisy proceduralne są uznawane jako nadające Parlamentowi uprawnienia konsultacyjne. Obecne przepisy bardzo wyraźnie stanowią o konieczności konsultacji z Parlamentem Europejskim (artykuł 40a ust. 2).¹²⁰

W pierwszym filarze pozycja Parlamentu Europejskiego została, generalnie, wzmocniona. Zasadniczo, rozpatrując wniosek Komisji, Rada może działać większością głosów po konsultacji z Parlamentem Europejskim. W przypadku realizowania wzmocnionej współpracy w obszarze objętym procedurą współdecydowania, wymagana jest obecnie zgoda Parlamentu Europejskiego. Przy tym, jeżeli chodzi o kontrolę legalności podjętych środków, nadal istnieją trudności. Artykuł 40 wersji amsterdamskiej UE stanowi w ust. 4, że artykuł 35 stosuje się do ochrony sądowej, jednakże ogranicza się do art. 40 ust. 1 3. Wydaje się to wyraźnie ograniczać kontrolę legalności do wymogów formalnych i proceduralnych w przypadku podjęcia ściślejszej lub wzmocnionej współpracy.¹²¹ Sytuacja ta nie zmieniła się również w wyniku poprawek nicejskich. Wymagania proceduralne dzielą się na dwie fazy: pierwsza po-

¹¹⁸ e) nie narusza rynku wewnętrznego w rozumieniu art. 14 ustęp 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, ani spójności gospodarczej i społecznej, ustanowionej zgodnie z tytułem XVII tego Traktatu, f) nie stanowi przeszkody ani dyskryminacji w handlu między państwami członkowskimi. Wprowadzono również zmianę lit. i), zgodnie z którą wzmocniona współpraca nie może naruszać postanowień Protokołu włączającego dorobek Schengen w ramy Unii Europejskiej.

¹¹⁹ W przypadku niepodjęcia działania przez Komisję, Państwa Członkowskie mimo to mogą przedstawić inicjatywę Radzie.

¹²⁰ Jeśli dany obszar jest objęty wzmocnioną współpracą, w odniesieniu do której stosuje się procedurę art. 251 Traktatu WE, konieczna jest zgoda Parlamentu Europejskiego.

¹²¹ Patrz: Böse, art. 40 EUV, ust. 5, J. Schwarze (red.), *EU Kommentar*.

lega na zasadniczej decyzji upoważniającej, druga na przyjęciu konkretnych środków podejmowanych w ramach uzasadnionej współpracy. Można się spierać co do natury prawnej tej zasadniczej decyzji, konsekwencji jej kontroli prawnej oraz pozycji w hierarchii innych źródeł. W literaturze prawniczej głosi się opinię, że przepisy te stanowią specjalne prawo wtórne UE¹²² lub prawo wtórne o ograniczonym stosowaniu terytorialnym.¹²³ Niektórzy autorzy dokonują rozróżnienia między aktami legislacyjnymi przyjętymi w pierwszym filarze oraz w filarach drugim i trzecim, z których wynika, że akty legislacyjne przyjęte na podstawie prawa wspólnotowego należą do prawa wtórnego, natomiast pozostałe są klasyfikowane jako umowy międzynarodowe.¹²⁴ W świetle przepisów decyzja zasadnicza powinna być uznawana za wtórne prawo UE. Akty wykonawcze stanowią specjalną formę wtórnego prawa UE i są ograniczone w swoim zakresie terytorialnym i naturze prawnej. Jednakże kolizje z wtórnym prawem UE/WE nie są tak łatwe do rozwiązania, a ich hierarchia może zostać ustalona wyłącznie poprzez odniesienie do ogólnego przedmiotu i celu wzmocnionej lub ściślejszej współpracy.¹²⁵

Projekt konstytucji przewiduje dalsze zmiany w 2006 r. Zawiera on ogólną klauzulę elastyczności w art. I-43 i art. III-322 – III-328. Wprowadzają one modyfikacje do struktury istniejących nicejskich klauzuli upoważniających. Obejmują one odrębną formę uporządkowanej współpracy w celu zapewniania wzajemnej obrony¹²⁶ a także wzmocnioną współpracę w zakresie współpracy sądowniczej w sprawach kryminalnych (Art. III-171 ust. 4), wzmocnienie roli Komisji we Wspólnej Polityce Zagranicznej i Bezpieczeństwa oraz Parlamentu Europejskiego w ogólnym zakresie. Przepisy ustalają również liczbę państw członkowskich wymaganych do wzmocnionej współpracy na jedną trzecią obecnych państw członkowskich. Liczba ta oznacza podniesienie progu uczestnictwa, z obecnych 8 do 9 członków w Unii składającej się z 25 członków, i do przynajmniej 10 uczestników w Unii składającej się z 30 państw członkowskich.¹²⁷

4.4. Co stanie się z ogólną klauzulą upoważniającą po rozszerzeniu

Rozszerzenie na wschód o dziesięć nowych państw członkowskich prowadzi do powstania bardziej zróżnicowanej grupy, w sytuacji już i tak znacznego zróżnicowania wśród dotychczasowych państw członkowskich.¹²⁸ Przyszłość pokaże, czy doprowadzi ono do częstszego wykorzystania wszystkich wyżej wspomnianych instrumen-

¹²² Hatje, art. 11 EGV, ust. 23, Schwarze (red.), *op. cit.*

¹²³ Ruffert, art. 43 ust. 20, Calliess i Ruffert, *op. cit.*

¹²⁴ Becker, Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“, str. 53, w J. Schwarze/P.-C. Müller- Graff (red.) Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, *Europarecht Beiheft* 1/1998.

¹²⁵ Patrz: Hatje, art. 11, ust. 24 i 25.

¹²⁶ Art. I-40 ust. 6 w połączeniu z art. III-213.

¹²⁷ Patrz również: M. Dougan, A Tidying-up exercise that needs some tidying up of its own, *The Federal Trust* August 2003, str. 12.

¹²⁸ Hatje w Schwarze, *op.cit.* art. 43 ust. 2.

tów elastyczności. Wątpliwości dotyczą w szczególności tego, czy elastyczność konstytucyjna w formie ogólnej klauzuli upoważniającej będzie w przyszłości stosowana w ramach lub poza ramami Traktatu UE-/WE.¹²⁹

Prognoza ta ma kilka wyjaśnień, jedno z nich głosi, że mimo iż narzędzie, jakim jest klauzula upoważniająca, zostało usprawnione w celu umożliwienia większej elastyczności w Unii w przyszłości, jej stosowanie nadal wymaga większej przejrzystości i zależy w większym stopniu od decyzji politycznych niż wykładni prawnej. Słusznie wskazano, że wszystkie skuteczne formy elastyczności, takie jak Unia Gospodarczo-Walutowa, protokół społeczny oraz Układ z Schengen nie spełniłyby wymogów obecnej ogólnej klauzuli upoważniającej. Dowolna ogólna klauzula upoważniająca ma zastosowanie w większym stopniu do pojedynczych aktów legislacyjnych niż do obszarów polityki,¹³⁰ chociaż niektórzy komentatorzy wskazują harmonizację społeczną i podatkową jako potencjalnych „kandydatów”.¹³¹ W praktyce w odniesieniu do państw strefy euro do tej pory omawiano konkretne przykłady przepisów dotyczących europejskiego kodeksu spółek oraz europejskiego nakazu aresztowania. W literaturze występują opinie sugerujące przeprowadzenie instytucjonalizacji państw strefy euro poprzez wykorzystanie ściślejszej lub wzmocnionej współpracy¹³². W tym względzie Komisja przedłożyła w 2001 r. wniosek formalnego wzmocnienia grupy euro.¹³³ We wniosku była ona daleka od wyraźnego określenia, czy uznaje ona ogólną klauzulę upoważniającą jako podstawę prawną wzmocnionej współpracy lub środek wykonawczy zgodnie z art. 99 ust. 5 WE.¹³⁴ Obydwie podstawy prawne napotykały trudności natury prawnej w zakresie wzmocnionej współpracy. Po pierwsze, wzmocniona współpraca nie powinna dotyczyć obszaru pozostającego w wyłącznej kompetencji Wspólnoty; po drugie, przyczłaby ona sytuacji prowadzącej do UGW, przy wyraźnym sprzeciwie instytucjonalizacji grupy euro.¹³⁵

Oprócz dyskusji na temat kwestii prawnych związanych z wzmocnioną współpracą, należy podkreślić, że państwa członkowskie preferują zawieranie wspólnych umów w obszarach wrażliwych z punktu widzenia suwerenności politycznej, zanim podejmą one środki ostateczne polegające na wykluczeniu innych państw członkowskich poprzez wzmocnioną współpracę. Tendencja ta jest szczególnie wyraźna w przypadku europejskiego prawa spółek oraz europejskiego nakazu aresztowania. Hiszpania była jedynym krajem przeciwstawiającym się europejskiemu prawu

¹²⁹ Opinia sceptyczna: B. de Witte, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, str. 209, w Cremona, op.cit.; W. Wessels, *Die Vertragsreformen von Nizza. Zur zukünftigen Handlungsfähigkeit einer 27er Union*, *Integration* 1/2001, str. 8-25.

¹³⁰ C. Giering, *Die institutionellen Reformen von Nizza*, op.cit., str. 131.

¹³¹ J.-V. Louis, *Differentiation and the EMU*, str. 61 w de Witte, Hanf i Vos.

¹³² J.-V. Louis, *Differentiation and the EMU*, str. 62, w de Witte, Hanf i Vos, op.cit.; I. Pernice i F. Hoffmeister, *The Division of Economic Policy Powers*, str. 376, w: A. von Bogdandy, P. Mavroidis i Y. Mény, *European Integration and International Coordination* (2002).

¹³³ COM (2001) 82 wersja końcowa, 7, ust. 19-21.

¹³⁴ W tym zakresie patrz: Pernice and Hoffmeister, *op. cit.*, str.378.

¹³⁵ Również Pernice i Hoffmeister, str. 379 oraz Louis, który określa tą sytuację mianem koniecznego dostosowania konkretnych klauzul lub korekty Traktatu, str. 62.

spółek, mimo iż służba prawna Rady argumentowała, że proponowana współpraca będzie spełniała proceduralne i merytoryczne wymogi postanowień Traktatu.¹³⁶ W przypadku europejskiego nakazu aresztowania Parlament Europejski wystąpił w 2001 r. do Rady o zezwolenie na wzmocnioną współpracę w tym zakresie, zanim Włochy zrezygnowały z sprzeciwu i umożliwiły wszystkim państwom członkowskim przyjęcie odnośnego środka.¹³⁷

Tak więc wzmocniona współpraca jest raczej wykorzystywana jako instrument polityczny lub karta przetargowa służąca „przekonywaniu” opornych państw członkowskich i osiąganiu konsensu, a nie stosowana w praktyce. To samo tyczy się rozszerzenia zakresu wzmocnionej współpracy na zagadnienia polityki zagranicznej i bezpieczeństwa.¹³⁸ Inicjatywa Niemiec, Francji, Belgii i Luksemburga dotycząca reaktywacji Europejskiej Wspólnoty Obronnej jest jednakże wyłączona ze wzmocnionej współpracy¹³⁹ i powinna być ona postrzegana jako inicjatywa w zakresie obronności podjęta przez państwa, które sprzeciwiały się działaniom zbrojnym przeciwko Irakowi bez mandatu ONZ.¹⁴⁰

Ze strony nowych państw członkowskich wyraźnie dostrzegalny jest sceptycyzm i ambiwalentny stosunek.¹⁴¹ Może to znaleźć uzasadnienie w ich obawach o sprowadzenie tych państw do rangi obywateli drugiej kategorii. Oprócz Polski również małe nowe państwa członkowskie oraz małe dotychczasowe państwa członkowskie wyrażają swe obawy. Wzmocniona współpraca jest ogólnie postrzegana przez te nowe państwa członkowskie jako możliwe narzędzie uczynienia z nich państw członkowskich drugiej kategorii, należących nie do pierwszej lecz do drugiej ligi.¹⁴² Rząd Polski widział zmiany wprowadzone Traktatem Nicejskim w pozytywnym świetle, ponieważ dzięki nim możliwe będzie zapobieżenie marginalizacji słabszych państw członkowskich. Polska przewiduje swoje aktywne uczestnictwo w grupie awangardy, lub, innymi słowy, poruszenia się w centrum grawitacji.¹⁴³ Generalnie, rząd Polski zaakceptował konieczność pewnego rodzaju elastyczności, choć był niechętny wyrażeniu swego wsparcia dla zmian uzgodnio-

¹³⁶ Patrz: J.M. de Areilza, *The Reform of Enhanced Cooperation Rules: Towards less flexibility?*, str. 33, w de Witte, Hanf i Vos, *op. cit.*

¹³⁷ J.Wouters i F.Naert, *The EU's Criminal Law Approach to Terrorism – What has been achieved so far?*, *Working Paper* 2001.

¹³⁸ Patrz ogólnie: T.Jaeger, *Enhanced cooperation in the Treaty of Nice and Flexibility in the Common Foreign and Security Policy*, *EFARev* 7 (2002), str. 297-316.

¹³⁹ Jednakże patrz również art. I-40 projektu konstytucji, który przewiduje specjalną formę uporządkowanej/ściślejszej współpracy w obszarze wzajemnej obrony.

¹⁴⁰ Patrz specjalne formy współpracy określone w projekcie konstytucji w art. I-40 ust. 6 i 7.

¹⁴¹ R. Trzaskowski, *National Report Poland*, str. 77, w *Positions of 10 Central and Eastern European Countries on EU Institutional Reform*, Université Catholique de Louvain, (czerwiec 2003).

¹⁴² R. Trzaskowski, *From candidate to member state: Poland and the future of the EU*, *Institute for Security Studies, Occasional Papers* nr 37 wrzesień 2002, str. 19; P. Krotohvil, *National Report Czech Republic*, str. 34, *Positions of 10 Central and Eastern European Countries on EU Institutional Reform*, *op. cit.*; M. Apostol, *National Report Romania*, str. 90, w *Positions of 10 Central and Eastern European Countries on EU Institutional Reform*, *op. cit.*

¹⁴³ R. Trzaskowski, *From candidate to member state: Poland and the future of the EU*, *Institute for Security Studies Occasional Papers*, str. 21.

nych w Nicei.¹⁴⁴ Republika Czeska wyrażała podobne obawy.¹⁴⁵ Nowe państwa członkowskie uważają, że ogólna zasada solidarności i spójności jest nadwężzana,¹⁴⁶ i wyrażają one niepokój co do tego, w jaki sposób zasada solidarności będzie stosowana w rozszerzonej Unii.¹⁴⁷ Obawy te już znalazły wyraz w stanowisku rządu greckiego, który występował przeciwko zmianom nicejskim.¹⁴⁸ Poniżej omówiono zakres stosowania zasady solidarności w przyszłości oraz zagrożenia, na jakie jest ona narażona.

Jak wyżej wspomniano, projekt konstytucji wprowadza dalsze zmiany i poprawki do istniejącej ogólnej klauzuli upoważniającej. Chociaż utrzymano pewne formy elastyczności, projekt konstytucji zmierza do osiągnięcia większej spójności i konsekwencji poprzez połączenie filaru wspólnotowego z dwoma filarami międzyrządowymi i poprzez stworzenie jednej osobowości prawnej dla Unii Europejskiej. Ale główna zmiana w czasochłonnym procesie ratyfikacyjnym, która byłaby zgodna z przepisami prawa międzynarodowego,¹⁴⁹ nie mogła zostać zrealizowana.¹⁵⁰ Niemniej spójność zewnętrzna nie musi koniecznie powodować spójności wewnętrznej, ponieważ nadal istnieć będą różnice między filarami w zakresie ich struktur, procesu podejmowania decyzji i poszczególnych instrumentów. Ponadto drzwi do dobrowolnej rezygnacji z członkostwa pozostają otwarte, co stwarza nową formę dużej elastyczności, mianowicie możliwość opuszczenia Unii Europejskiej i utworzenie nowych ram stosunków między dawnymi a obecnymi członkami.¹⁵¹ Jednakże możliwość skorzystania z tego nowatorskiego rozwiązania zależy od spełnienia jednego zasadniczego warunku wstępnego, mianowicie ratyfikacji konstytucji przez wszystkie 25 państw członkowskich. W takich państwach członkowskich jak Francja, Wielka Brytania, Irlandia, Luksemburg, Dania, Hiszpania, Portugalia i Holandia, przewidziane są referenda,¹⁵²

¹⁴⁴ Znajduje to swoje odzwierciedlenie w stanowisku Polski na Konferencji Międzyrządowej w 2000 r.

¹⁴⁵ J. Kavan, Czech Republic joins an ever closer Union, Bruksela, 19 marca 2001 r.

¹⁴⁶ Podobny pogląd wyraził premier Rumunii Adrian Năstase, w przemówieniu w trakcie debaty nt. przyszłości Europy dnia 6 czerwca 2002 r. w Centrum Polityki Europejskiej, Bruksela, Romania in the European Union and the Future of Europe, str. 2 oraz str. 4; bez zabierania stanowiska, przedstawiciel Słowenii D. Rupel, The Future of Europe – Debate, 3 lipca 2001 r., str. 9.

¹⁴⁷ R. Martikonis, Wiceminister Spraw Zagranicznych Republiki Litewskiej, *Colloquium 'The Finalité of European Union: Ideas and Concepts of the Candidate Countries'*, Centrum Studiów Europejskich, Bonn, Niemcy, 16-17 listopada 2001 r., str. 5

¹⁴⁸ Patrz profesor prawa maltańskiego P. Xuereb, The Future of Europe: Solidarity and Constitutionalism. Towards a Solidarity Model, *ELRev.* 2002, str. 643.

¹⁴⁹ Patrz w tym zakresie również: De Witte, Entry into Force and Revision, w: de Witte (red.) *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (2003), www.iue.it.

¹⁵⁰ Artykuł IV-6 ust. 4 przewiduje, że skoro konstytucja zostanie w sposób konstytucyjny zaakceptowana przez wszystkie państwa członkowskie i skoro poprawki konstytucyjne zostaną ratyfikowane czterema piątymi głosów, sprawa zostaje skierowana do Rady Europejskiej. Może to stanowić okazję do poddania tych państw presji politycznej.

¹⁵¹ Art. I-59 projektu konstytucji.

¹⁵² W Niemczech nawet poprawki konstytucyjne potrzebne do przeprowadzenia referendum są dyskutowane, ale od nowych państw członkowskich oczekuje się ratyfikacji w ramach procedury parlamentarnej, w celu przeprowadzenia referendum konstytucyjnego w Niemczech potrzebna będzie być może zmiana prawa niemieckiego, 30.8.2004, www.euractiv.com.

które mogą opóźnić lub skomplikować przyjęcie nowego traktatu konstytucyjnego i spowodować powstanie nowych zróżnicowanych form współpracy państw członkowskich,¹⁵³ odbywającej się poza ramami traktatu.¹⁵⁴

¹⁵³ Celem zapoznania się z różnymi scenariuszami patrz: L. Rossi, „What if the Constitutional Treaty is not ratified?”, 6.7.2004, www.euractiv.com.

¹⁵⁴ Większość autorów utrzymuje, że mimo ogólnej klauzuli ochronnej określonej w Traktatach, współpraca wśród państw członkowskich na mocy przepisów prawa międzynarodowego nadal będzie możliwa, patrz na przykład: De Witte, Chameleonlic Member States, str. 238, w de Witte, Hanf i Vos; *op. cit.*; Hatje, art. 44 EUV, ust. 28 w Schwarze (red.), *EU-Kommentar*.

5. Poszerzanie i pogłębianie: ramy konstytucyjne rozszerzenia UE

Traktaty o przystąpieniu, wraz z derogacjami od *acquis* wynikającymi z uwarunkowań politycznych, gospodarczych i prawnych, wprowadzają nowe formy zróżnicowania między dotychczasowymi a przystępującymi państwami członkowskimi. Ten system zróżnicowania jest również przenoszony na państwa ściśle stowarzyszone z UE, takie jak Szwajcaria i kraje EOG. Tworzą one dwie różne grupy państw członkowskich, w odniesieniu do części dorobku w zakresie rynku wewnętrznego na przynajmniej 2 lata od przystąpienia, a dla innych form z góry ustalonej elastyczności w formie uzgodnień typu *opt-out* w odniesieniu do Schengen i *acquis* oraz uczestnictwa w UGW na czas nieokreślony. Ponadto Traktaty Amsterdamski i Nicejski wprowadziły nową formę instytucjonalnej klauzuli upoważniającej celem wprowadzenia zróżnicowania wśród państw członkowskich (tak zwana wzmocniona współpraca, art. 11 Traktatu WE oraz art. 40 do 45 UE).

Jak podkreślono wyżej, zróżnicowanie i elastyczność istnieją w różnych postaciach w obecnym prawie UE i WE. Nabrały one nowej siły wraz z wprowadzeniem traktatów o przystąpieniu. Unia Europejska złożona z 25 lub 30 członków jest bardziej zróżnicowana, chociażby z uwagi na liczbę członków i dynamikę zainicjowaną przez politykę Wspólnoty i Unii wraz ze zmianami traktatu, jakie się dokonały w Maastricht, Amsterdamie i Nicei. Widząc to zwiększone zróżnicowanie, dotychczasowe państwa członkowskie i Komisja skupiły uwagę na minimalnych normach konsekwentnego stosowania dorobku wspólnotowego, na którym zbudowany jest specyficzny konstytucyjny porządek prawny Unii Europejskiej. Zakres oraz definicje norm minimalnych, stanowiących konstytucyjne i fundamentalne zasady prawa WE i UE, różnią się między sobą, ale w najwęższym zakresie obejmują elementy demokracji, zasady państwa prawa, zasadę nadrzędności, bezpośredniego skutku prawa WE, ochrony praw człowieka i lojalnej współpracy państw członkowskich. Zasady te obejmują również zobowiązania wobec obywateli UE, takie jak przestrzeganie zasad demokracji, ochrony praw człowieka i niedyskryminacji.

Jeżeli chodzi o państwa członkowskie oraz zasady regulujące ich wzajemne stosunki, należy wspomnieć zasady spójności i jedności prawa UE,¹⁵⁵ zasadę państwa

¹⁵⁵ A. Hatje, Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, str. 7 oraz U. Becker, Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration”, str. 29, obydwu opracowania w: J. Schwarze i P.-C. Müller-Graff (red.), Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, *Europarecht* Beiheft 1/1998.

prawa i demokracji¹⁵⁶ oraz zasadę równości i solidarności.¹⁵⁷ Główni komentatorzy są podzieleni co do tego, czy te fundamentalne zasady ograniczają zmiany wprowadzone traktatami o przystąpieniu, stanowiącymi pierwotne prawo UE i pierwotne prawo międzynarodowe. Ani przepisy traktatów, ani Trybunał Sprawiedliwości nie określili, jaki status uzyskują fundamentalne zasady konstytucyjne w konstytucyjnym porządku prawnym UE.¹⁵⁸ Niektórzy komentatorzy utrzymują, że mają one wpływ na interpretację prawa pierwotnego, ale większość z nich jest zdania, że istnieją pewne ponadnarodowe zasady, które nie mogą zostać zmienione traktatami o przystąpieniu.¹⁵⁹

Na poparcie tego drugiego poglądu można przytoczyć kilka argumentów.¹⁶⁰ Po pierwsze, z postanowień Traktatu jasno wynika, że należy dokonać rozróżnienia między zmianą Traktatu, określoną w art. 48 Traktatu UE, a przystąpieniem określonym w art. 49 UE. Poprawki do traktatów wychodzące poza drobne korekty muszą być wprowadzane zgodnie z procedurą przewidzianą na potrzeby wprowadzania poprawek.¹⁶¹ Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie traktatów o przystąpieniu.¹⁶² Koncepcja zasad minimalnych, które nie podlegają zmianom w ramach systemu konstytucyjnego, takiego jak Unia Europejska, znajduje swoje odzwierciedlenie w konstytucjach krajowych, takich jak konstytucja niemiecka, oraz np. w decyzji w sprawie Maastricht wydanej przez niemiecki Bundesverfassungsgericht.¹⁶³

Zgodnie z klauzulą nieskończoności określoną w niemieckiej konstytucji, w określonych okolicznościach konstytucja Niemiec może zostać zmieniona, przy czym zmiany nie mogą obejmować fundamentalnych zasad określonych w artykułach 1 i 20 konstytucji dotyczących godności ludzkiej, podstawowych praw człowieka oraz definiujących Niemcy jako państwo społeczne, federalne, demokratyczne i prawo-

¹⁵⁶ Patrz na przykład: TS, sprawa 294/83 *Les Verts* [1986] Zb. Orz. 1339.

¹⁵⁷ Odnosnie do zasady równości patrz: J. Wouters, *Constitutional Limits of Differentiation: the Principle of Equality*, str. 301, w de Witte, Hanf i Vos, *op. cit.*

¹⁵⁸ Patrz: A. Ott, *Fundamental and Basic Principles of the EC and the EU*, str. 15 w Ott i Inglis, *op. cit.*

¹⁵⁹ W odniesieniu do zasad ponadnarodowych patrz: F. Snyder, *General Course on Constitutional Law of the European Union*, Academy of European Law (red.) Volume VI, Book I, 1998, str. 76; J. L. Cruz Vilaca i N. Picarra, *Y a-t-il des limites matérielles a la révision des traits instituant les CE?*, *CDE* 1993, str. 29; J. Wouters, *Constitutional Limits of Differentiation: the Principle of Equality*, str. 326, w de Witte, Hanf i Vos, *op. cit.*

¹⁶⁰ W literaturze również opinia EOG jest postrzegana jako zgodna z tym poglądem: TS, EOG 1/91, [1991] Zb. Orz. 6084.

¹⁶¹ Patrz również, *op. cit.*, str. 5; Becker, *op. cit.*, str. 9; G. Nicolaysen, *Europarecht I* (wydanie drugie, 2002); pogląd przeciwny: B. de Witte, *Rules of Change in International Law: How special is the European Community?*, *NYIL* 1994, str. 321; de Witte, *The Semi/Permanent Treaty Revision Process*, str. 51, w P. Beaumont, C. Lyons i N. Walker, *Convergence and Divergence in European Public Law* (2002); M. Pechstein i C. Koenig, *Die Europäische Union*, (wydanie drugie, 1998), str. 251-252.

¹⁶² Patrz: sprawa 185/73 *Hauptzollamt Bielefeld* przeciwko *OHG König* [1974] Zb.Orz., 607: „Żadne z postanowień Traktatu Przystąpienia lub w Akcie Przystąpienia nie może być rozumiane jako nadające ważność środkom, niezależnie od ich treści, niezgodnym z Traktatami ustanawiającymi Wspólnoty.”

¹⁶³ Decyzja w sprawie Maastricht: BVerfGE 89, 155, *CMLRev.* 1994, str. 57.

rządne.¹⁶⁴ We wspomnianej decyzji dotyczącej Maastricht sędziowie niemieccy podkreślają, z jednej strony, rolę państw członkowskich jako podmiotów mających władzę nad traktatami, choć z drugiej strony wskazują, że normy minimalne i demokratyczne zasady ochrony praw człowieka są z perspektywy niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego nienaruszalne.¹⁶⁵ Ten punkt widzenia należy przyjąć nie tylko na poziomie Niemiec, lecz również na poziomie Europy, gdzie europejski konstytucyjny porządek prawny będzie funkcjonował równoległe do krajowych porządków prawnych. Trudniejsze od ustalenia istnienia zasad ponadnarodowych będzie sformułowanie ich dokładnej treści, w celu określenia charakteru potencjalnych naruszeń. Oprócz zasady państwa prawa, wszystkie wymienione zasady są ściśle związane z zasadą lojalnej współpracy, wpisaną w art. 10 Traktatu WE, oraz są ściśle związane ze sobą nawzajem.

5.1. Zobowiązanie spójności oraz jedności prawa

Zobowiązanie kształtowania stosunków między państwami członkowskimi w sposób spójny jest wyraźnie wspomniane w art. 1 UE. Spójność lub zgodność, jako kryterium wytyczające drogę dla środków unijnych, jest wspomniane bardziej szczegółowo w art. 3 UE oraz w art. 11 ust. 2 w odniesieniu do Wspólnej Polityki Obronnej i Zagranicznej.¹⁶⁶ Niektórzy autorzy podkreślają zasadę jedności prawa (*Rechtseinheit*), która polega na jednolitym lub konsekwentnym stosowaniu prawa Unii Europejskiej.¹⁶⁷ Jest to zasada ogólna, która nie jest określona *explicitie* lub wymieniona z nazwy w traktatach, lecz wyraźnie wynika z art. 2 UE („pełne zachowanie dorobku wspólnotowego”) i jest zasadniczo centralną zasadą systemu sądowniczego UE. Chociaż art. 220 Traktatu WE wspomina wyłącznie wykładnię i stosowanie Traktatu, jednolite stosowanie prawa UE jasno wynika z interpretacji Unii Europejskiej jako szczególnego rodzaju porządku prawnego oraz z mechanizmu nadzoru poprzez system orzekania w trybie prejudycjalnym (artykuł 234 Traktatu WE).

¹⁶⁴ Artykuł 79 (Zmiana Ustawy Zasadniczej; wprowadzona 27 marca 1954 r.). (1) Ustawa Zasadnicza może zostać zmieniona wyłącznie ustawą, która w sposób wyraźnie sformułowany zmienia lub zastępuje jej treść. W odniesieniu do traktatów międzynarodowych, których przedmiotem jest porozumienie pokojowe, przygotowanie porozumienia pokojowego lub zniesienie systemu okupacyjnego, lub służących obronności Republiki Federalnej, wystarczające jest, dla celów wykładni wyjaśniającej, czy postanowienia Ustawy Zasadniczej nie wykluczają zawarcia i wejścia w życie tych traktatów, uzupełnienia Ustawy Zasadniczej, ograniczone do tej wykładni wyjaśniającej. (2) Przyjęcie takiej ustawy wymaga wymaga dwóch trzecich głosów członków Bundestagu oraz dwóch trzecich głosów członków Bundesratu. (3) Zmiany Ustawy Zasadniczej wpływające na podział Federacji na landy, uczestniczenie landów w zasadniczym procesie ustawodawczym, lub na zasady fundamentalne określone in art. 1 i 20, są niedopuszczalne.

¹⁶⁵ Orzeczenie spowodowało zmiany konstytucyjne, ze zmienionym art. 23, który powoduje stosowanie art. 79 II i III w przypadku delegowania uprawnień krajowych na Unię Europejską.

¹⁶⁶ Inni autorzy używają terminu jedności prawa: U.Becker, *Jean Monnet Working Paper* 15/01, str. 10.

¹⁶⁷ W tym względzie szczególnie: T.Oppermann, *Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union*, *Deutsche Verwaltungsblatt* 1994, p. 901; a także: A.Hatje, *Europäische Rechtseinheit durcheinheitliche Rechtsdurchsetzung*, str. 7; U.Becker, *Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“*, str. 29, oba opracowania w: J.Schwarze/P-C. Müller-Graff (red.), *Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung*, *Europarecht Beiheft* 1/1998.

Jednakże podstawowa lista różnych form zróżnicowania występujących wśród państw członkowskich i wyszczególnionych powyżej podlega istotnym ograniczeniom wynikającym z zasad jedności lub jednolitego stosowania prawa UE, które są ustanowione prawem pierwotnym i traktatami o przystąpieniu. Ponadto spójność jest szczególnie ważna w stosowaniu prawa wtórnego i nie może całkowicie zapobiegać zróżnicowaniu uzgodnionemu między państwami członkowskimi na poziomie prawa międzynarodowego.

5.2. Zasada solidarności i równości państw

Zasada solidarności wynika ze sformułowań Traktatu mówiących, że „zadaniem [Unii] jest kształtowanie w sposób spójny i solidarny stosunków między państwami członkowskimi oraz między ich narodami” (art. 1 akapit 3 UE).¹⁶⁸ Ponadto stanowi ona zobowiązanie państw członkowskich (art. 10 WE).¹⁶⁹ Artykuł 10 określa zasadę współpracy między instytucjami wspólnotowymi, między Wspólnotą a państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a Wspólnotą (lojalna współpraca).

Generalnie przyjęto, że art. 10 WE nakłada wzajemne obowiązki lojalnej współpracy i pomocy.¹⁷⁰ Zasada ta znajduje szczególny wyraz w fakcie określenia spójności w art. 158-162 WE, a także w art. 2 WE.¹⁷¹ Mimo istnienia ewidentnych przejawów tego zobowiązania, jego wyraźny zakres nie został, jak dotąd, określony w traktatach lub orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości.¹⁷²

Solidarność można podzielić na solidarność państw członkowskich oraz solidarność państw członkowskich wobec ich obywateli, i *vice versa*. Jednakże, w pewnych obszarach polityki nie można dokonać takiego rozróżnienia. Takie rozróżnienie nie jest możliwe w zakresie celów polityk konsumennej, ochrony środowiska, zdrowia i społecznej.¹⁷³ Szczególnego nawiazania do solidarności można również dopatrzeć się w postanowieniach dotyczących funduszy strukturalnych oraz spójności gospodarczej i społecznej zawartych w artykułach 158-162 WE, gdzie celem polityki jest zmniejszenie różnic gospodarczych i społecznych.¹⁷⁴

W ostatnich latach wydano niewiele wyroków istotnych z punktu widzenia interpretacji solidarności. W porównaniu z zagadnieniem subsydiarności, kwestia solidar-

¹⁶⁸ Calliess, art. 1, Calliess i Ruffert, EU-Vertrag, ust. 48, C. Stumpf, art. 1 EUV, ust. 46, Schwarze (red.) *EUKommentar* (2000).

¹⁶⁹ Znalazło to potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału już w 1973 r.: TS, sprawa 49/72 *Commission przeciwko Italy* [1973] Zb.Orz. 101; TS sprawy połączone 6 i 11/69 *Komisja przeciwko Francji* [1969] Zb.Orz. 523.

¹⁷⁰ TS, sprawa 44/84 *Hurd przeciwko Jones* [1986] Zb.Orz. 29, szczególnie w odniesieniu do solidarności: TS, sprawy połączone C-63/90 i C-67/90 *Portugalia i Hiszpania przeciwko Radzie* [1992] Zb.Orz. I-5073.

¹⁷¹ Patrz również: C.Calliess, art.1 EU-Vertrag, C.Calliess and M.Ruffert, *Kommentar zum EU-Vertrag und EGVertrag* (1999), ust. 44-49.

¹⁷² Stumpf, Artikel 1 EUV, ust. 47, in Schwarze, *op. cit.*

¹⁷³ Stumpf, Artikel 1 EUV, in Schwarze, *op. cit.*

¹⁷⁴ Cel ten obejmuje sprawiedliwy podział środków finansowych wśród państw członkowskich: patrz: For the European Union, Peace, Freedom and Solidarity, Communication of the Commission on the institutional Architecture, COM (2002) 728 wersja końcowa, str.14.

ności we Wspólnocie nie odgrywa tak znaczącej roli.¹⁷⁵ Jednakże obydwa pojęcia charakteryzuje wspólna cecha, mianowicie fakt, że ich zdefiniowanie nadal nastęrcza trudności, i że ograniczają się one wzajemnie.¹⁷⁶ W latach 70. ubiegłego stulecia Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że zezwalając państwom członkowskim na korzystanie z przywilejów, jakie daje Wspólnota, Traktat nakłada na nie również zobowiązanie przestrzegania jej reguł. Jednostronne zakłócanie przez dane państwo lub wykorzystywanie, zgodnie z jego własną koncepcją interesu narodowego, równowagi między korzyściami i zobowiązaniami wyływającymi z członkostwa w Unii, podważyłoby równość państw członkowskich.¹⁷⁷ Sędziowie uzasadniali w odnośnym wyroku, że naruszenie zobowiązania solidarności przyjętego przez państwa członkowskie uderza w fundamentalną podstawę porządku prawnego Wspólnoty.

Również analizując projekt konstytucji, zaobserwujemy zróżnicowanie „solidarności”. Artykuł I-2 stanowi, że system wartości państw członkowskich obejmuje społeczeństwo pluralistyczne oraz, między innymi, solidarność, oraz inne wartości wymienione w art. I-3 ust. 4. Artykuł I-5 wspomina obecny art. 10 WE, jako postanowienie formułujące zasadę lojalnej współpracy. Nowa klauzula dotycząca solidarności znajdująca się w art. I-42 ma zastosowanie, jeżeli państwo członkowskie padnie ofiarą ataku terrorystycznego lub klęski żywiołowej, bądź klęski spowodowanej działalnością człowieka. Powoduje to wrażenie, że zasadnicze aspekty solidarności uwzględnione w obecnych traktatach UE oraz WE będą miały jeszcze mniejsze znaczenie i będą o wiele mniej wyraźnie określone w nowym projekcie konstytucji.

Mimo że solidarność jako koncepcja nadal pozostaje rozmyta, stanowi ona fundament struktury konstytucyjnej Unii Europejskiej, która jest zbudowana nie na polityce siły, lecz na równym traktowaniu państw członkowskich, zapewniającym wsparcie słabszemu państwu członkowskiemu poprzez polityki regionalne i fundusze strukturalne, a także na realizowaniu wspólnych polityk i celów mimo różnic w wielkości oraz sile państw członkowskich. Dlatego oczywiste jest, że zasada ta jest ściśle związana z równością państw członkowskich i znajduje swój ogólny wyraz w art. 10 Traktatu WE.

Zasada równego traktowania lub niedyskryminacji jest zazwyczaj powoływana w kontekście relacji między osobami a Unią Europejską, lecz jest również istotna jako odrębne pojęcie z punktu widzenia relacji między państwami członkowskimi. Również w przypadku tej zasady prawnym punktem odniesienia jest zasada lojalnej współpracy określona w art. 10 Traktatu WE. Jednakże należy pamiętać, że zasada ta ma bardziej wyraziste oblicze. Ogólna zasada równości państw, a co za tym idzie, również równości państw członkowskich, wywodzi się z prawa międzynarodo-

¹⁷⁵ Patrz: E. A. Marias, *Solidarity as an Objective of the European Union and the European Community, Legal Issues of European Integration* (1994/2), str. 85 (na str. 85), wyraźnie wynika to z analizy brytyjskiej literatury nt. prawa UE, a także z braku uznawania solidarności.

¹⁷⁶ Calliess, art. 1 EUV ust. 49, w Calliess i Ruffert, op. cit.; C. Calliess, *Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union* (1996).

¹⁷⁷ TS sprawa 39-72 *Komisja przeciwko Włochom* [1973] Zb.Orz. 101; TS, sprawa 128/78 *Komisja przeciwko Wielkiej Brytanii i Irlandii*, [1979] Zb.Orz. 419 (pkt 12).

wego.¹⁷⁸ Ta równość suwerennych państw jest jedną z głównych zasad prawa międzynarodowego i znajduje ona odzwierciedlenie w sposobie prowadzenia negocjacji akcesyjnych. Państwa członkowskie były stronami negocjacji akcesyjnych, decydując jednogłośnie w dwustronnej międzyrządowej „Konferencji dotyczącej przystąpienia do Unii Europejskiej” między piętnastoma państwami członkowskimi a danym krajem kandydackim, a traktaty o przystąpieniu zostały podpisane przez państwa członkowskie oraz kraje przystępujące.¹⁷⁹ Europejski Trybunał Sprawiedliwości zajmował się interpretowaniem tej zasady w świetle wyżej wspomnianej zasady solidarności, w przypadku gdy Państwa Członkowskie nie stosowały przepisów prawa wspólnotowego lub stosowały je wybiórczo, w odniesieniu do tych części dorobku, które były dla nich korzystne.¹⁸⁰

5.3. Zasady demokracji oraz państwa prawa

Zróżnicowanie musi również uwzględniać zasady demokracji oraz państwa prawa. Co istotne, kontrola Parlamentu oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jest ograniczona w przypadku większości wyżej opisanych form zróżnicowania. Na przykład w odniesieniu do aktu przystąpienia, kontrola sądowicza jest wyraźnie ograniczona, a akty przystąpienia oraz załączniki do nich muszą być traktowane inaczej niż środki przyjmowane na podstawie konkretnych przepisów aktu przystąpienia.¹⁸¹ Trybunał przyjął taki punkt widzenia w sprawie *Komisja przeciwko Grecji*, stwierdzając, że Traktat o przystąpieniu stanowi prawo pierwotne, a jakkolwiek wniosek dotyczący uznania Traktatu o przystąpieniu za nieważny jest niedopuszczalny, niezależnie od tego, czy jest on zgłaszany przez osobę na mocy art. 230 (49 WE), czy przez uprzywilejowaną stronę, skarżącą na mocy art. 230 (1-3) WE.¹⁸² Jednakże, postanowienia Traktatu o przystąpieniu mogą być podstawą orzekania w trybie pre-judycjalnym na mocy art. 234 WE,¹⁸³ a środki przyjęte na podstawie klauzul ochronnych wprowadzonych Aktem przystąpienia podlegają kontroli.

5.4. Analiza

Wyciągnięcie wniosków na podstawie powyższego jest trudne, mimo oczywistego faktu, że wspomniane zasady wyraźnie tworzą część ram prawnych UE. Niektóre z nich pozostają niedopracowane w szczegółach z uwagi na brak właściwego orzecnictwa oraz złożoność form elastyczności. Wystąpienie naruszenia tych zasad zależy od konkretnych zaistniałych okoliczności. Mnogość oraz wielorakość form z góry

¹⁷⁸ Patrz na przykład, J. Wouters, *Constitutional Limits of Differentiation. The Principle of Equality*, str. 301 (na str. 319), w de Witte, Hanf i Vos (red.), *op. cit.* Odnosi się on do art. 2 ust. 1 Karty Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz helskiego Aktu Końcowego.

¹⁷⁹ L. Maurer, *Negotiations in progress*, str. 125, w Ott i Inglis (red.), *op. cit.*

¹⁸⁰ TS, sprawa 39/72 *Komisja przeciwko Włochom* [1973] Zb.Orz. 101; TS, sprawa 128/78 *Komisja przeciwko Wielkiej Brytanii* [1979] Zb.Orz. 419.

¹⁸¹ Hoffmeister, *op. cit.*, str. 102.

¹⁸² TS, Sprawy połączone 194/85 i 241/85 *Komisja przeciwko Grecji* [1988] Zb. Orz. 1037.

¹⁸³ TS, sprawa C-355/97 *Landesgrundverkehrsreferent der Tiroler Landesregierung* [1999] Zb.Orz. I- 977.

ustalonego zróżnicowania wprowadzonego Aktem przystąpienia nasuwa pewne wątpliwości. Ostatnie rozszerzenie ma szczególny charakter, ponieważ nowe państwa członkowskie, z uwagi na ciągłą ewolucję dorobku przed i po akcesji, zbliżają się do ruchomego celu.¹⁸⁴ Częściowo fakt ten znajduje odzwierciedlenie w art. 55 Aktu przystąpienia, który pozwala nowym państwom członkowskim na występowanie o derogacje tymczasowe, dodatkowo względem środków dotyczących dorobku, przyjętych między 1 listopada a 16 kwietnia 2003 r. Ponadto z czasem nastąpiło pogorszenie warunków przystąpienia nowych państw członkowskich – głównie z uwagi na rosnącą złożoność procesu. Środki przejściowe zastosowane w trakcie pierwszej rundy rozszerzenia o Wielką Brytanię, Danię oraz Irlandię w 1973 r. służyły interesom gospodarczym państw przystępujących. W następnej rundzie rozszerzenia, najpierw o Grecję w 1981 r., a następnie o Hiszpanię i Portugalię w 1986 r., nastąpiło przesunięcie celu środków ku interesom starych państw członkowskich.¹⁸⁵

Jeden z problemów wynikających z porównywania poszczególnych etapów rozszerzania struktur europejskich polega na tym, że charakteryzuje je małe podobieństwo, i że następowały one w różnych kontekstach. Rozszerzenie Wspólnoty o kraje południowe w znacznym stopniu przypomina obecne rozszerzenia, z uwagi na analogie między gospodarczą i przejściową sytuacją Grecji, Hiszpanii i Portugalii w momencie przystąpienia, a sytuacją nowych państw członkowskich. Ostatnie rozszerzenie różni się od poprzednich pod względem istoty i intensywności. Dorobek UE został rozszerzony poprzez utworzenie Wspólnego Rynku, ukształtowanie filarów oraz rozszerzenie kompetencji Unii Europejskiej. Rozszerzenie struktur europejskich o kraje północy od 1995 r. wykazuje pewne podobieństwa w porównaniu do obecnego procesu integracyjnego. Szwecja, Finlandia oraz Austria przyswajały dorobek UE w ramach EFTA przez wiele lat poprzedzających przystąpienie, a następnie w ramach EOG od 1994 r. do momentu akcesji w 1995 r.¹⁸⁶ Obecny proces rozszerzenia odbywa się w odmiennej sytuacji polityczno-gospodarczej, która wymaga zakrojonego na szeroką skalę procesu poakcesyjnego, z daleko idącymi derogacjami w pierwszych trzech latach (potencjalnie w dłuższej perspektywie czasowej) po przystąpieniu, oraz powierzenia Komisji dodatkowych uprawnień w zakresie kontroli.

Rola Komisji w procesie akcesyjnym jest bardziej scentralizowana niż w poprzednich procesach rozszerzenia. Komisja pragnęła ograniczyć środki przejściowe i podzieliła je na środki możliwe do przyjęcia pod względem wpływu na konkurencję lub funkcjonowanie Rynku Wewnętrznego, środki wymagające negocjacji oraz środki niemożliwe do przyjęcia. Uwzględniając istotę systemu derogacji, uzgodnień przejściowych i klauzul ochronnych nałożonych na nowe państwa członkowskie, główne

¹⁸⁴ Inglis, *The Accession Treaties and transitional arrangements: A twilight zone for the new Member States* in Hillion, *op. cit.*

¹⁸⁵ Patrz: U. Becker, *EU-Enlargements and Limits to Amendments of the EC Treaty*, *Jean Monnet Working Paper* 15/01, str. 4-5.

¹⁸⁶ W odniesieniu do interesującej koncepcji propagowanej w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, dotyczącej rozszerzenia EOG na wschód, patrz: S. Peers, *An Ever Closer Waiting Room? The case for Eastern European Accession to the European Economic Area*, *CMLRev* 1995 str. 187; E. Evtimov, *The Current Enlargement Process and Third Countries*, str.156, w Ott i Inglis (red.), *op. cit.*

wątpliwości dotyczą tego, czy przestrzegane będą normy minimalne sprawiedliwego lub równego traktowania. Co więcej, faza rozszerzenia rozciąga się poza samo rozszerzenie, a nowe państwa członkowskie są zobowiązane do uczestnictwa w zasadniczym systemie monitorowania i kontroli zgodności, który stanowi narzędzie dodatkowe w stosunku do mechanizmów monitorowania i kontroli zgodności obowiązujących dotychczasowe państwa członkowskie. Objawia się to przede wszystkim w tym, że wyżej wspomniane derogacje i uzgodnienia mają zastosowanie przez przynajmniej trzy lata od przystąpienia, a różne traktowanie wynika ze stosowania tych środków. Uzgodnienia z Polską dotyczące ochrony zdrowia oraz produkcji i obrotu mięsem, mlekiem, produktami rybnymi zasadniczo ograniczają wprowadzanie tego rodzaju produktów pochodzących z Polski na rynek WE oraz wymagają, aby produkty te były opatrzone specjalnym oznakowaniem. Przynajmniej w pierwszych trzech latach Komisja może podjąć środki przeciwko produktom polskim lub może powstrzymać państwa członkowskie od podejmowania środków ochronnych. Te dodatkowe uprawnienia w zakresie monitorowania muszą być postrzegane w świetle niezadowolających rezultatów wprowadzania w życie i stosowania części dorobku dotyczącego tych zagadnień przez dotychczasowe państwa członkowskie.¹⁸⁷

W kontekście powyższego można stwierdzić, że wspomniane zasady są wyraźnie naruszone, szczególnie zasady równości i solidarności. Ponadto decydująca będzie rola Komisji w procesie rozszerzenia oraz stopień, w jakim Europejski Trybunał Sprawiedliwości jest przygotowany do udoskonalania i stosowania poszczególnych narzędzi rozpatrywanych w niniejszym opracowaniu.

¹⁸⁷ Inglis podaje konkretny przykład dyrektywy 64/433/EWG w sprawie problemów zdrowotnych dotyczących produkcji i wprowadzania do obrotu świeżego mięsa. W sytuacji gdy mięso produkowane przez określone polskie przedsiębiorstwa jest wyłączone z obrotu w UE, Komisja była zmuszona do wniesienia w Trybunale Sprawiedliwości skargi przeciwko Francji za odmowę podporządkowania się sprawozdaniu Biura ds. Żywności i Weterynarii, żądającemu od niej wycofania świadectw zdrowia dla ubojni, która nie spełniała wymagań tej samej dyrektywy, Inglis, w Hillion, *op. cit* oraz dalsze przykłady naruszeń.

6. Trybunał sprawiedliwości a zróżnicowanie

W odniesieniu do wszystkich omówionych wyżej form zróżnicowania powstaje pytanie, w jakim stopniu podlegają one kontroli organów sądowych. Z punktu widzenia konstytucyjnej klauzuli upoważniającej istotny jest art. 40 ust. 3 UE. Stanowi on, że do art. 40 UE oraz 40a i 40b stosuje się postanowienia Traktatu WE dotyczące uprawnień TS. Artykuł 46 UE powtarza jedynie treść art. 40 UE. W konsekwencji TS jest uprawniony do kontroli wymagań proceduralnych dotyczących właściwego ustanawiania i realizowania wzmocnionej współpracy. Nieznany jednak pozostaje zakres, w jakim TS będzie kontrolował decyzje polityczne dotyczące korzystania ze wzmocnionej współpracy: mianowicie w jakim stopniu oceniane będą warunki wstępne określone w art. 43 UE. Z drugiej strony, jeżeli chodzi o dorobek z Schengen, TS nie posiada kompetencji w zakresie środków lub decyzji dotyczących utrzymania prawa i porządku oraz zapewniania bezpieczeństwa wewnętrznego, zgodnie z treścią art. 35 ust. 4.

Wątpliwości powstają również co do formy z góry ustalonego zróżnicowania ustanowionego traktatami o przystąpieniu. Ponieważ traktaty akcesyjne należą do sfery prawa pierwotnego i międzynarodowego, TS w przeszłości rozpatrywał różne modyfikacje wprowadzone poszczególnymi aktami przystąpienia.¹⁸⁸ To, czy modyfikacje te podlegają kontroli TS, stanowi odrębną kwestię.¹⁸⁹ Z początku sądy wysyłały sprzeczne sygnały dotyczące kontroli prawnej aktów przystąpienia. Trybunał Sprawiedliwości rozpatrywał jeden z aktów przystąpienia w sprawie LAISA. Odmówił on kontroli prawnej w tej sprawie, powołując się na akt unieważnienia i argumentując, że odnośny akt przystąpienia nie mieści się w szerokiej definicji aktu wiążącego i mającego skutek prawny.¹⁹⁰ Kwestia ta znalazła kontynuację w sprawie Republika Austrii przeciwko Radzie z 2003 r., gdzie ustalono, że protokoły oraz załączniki do aktu przystąpienia stanowią prawo pierwotne, które, o ile taki akt nie stanowi inaczej, nie mogą zostać zawieszone, zmienione lub uchylone w inny sposób niż poprzez procedurę ustanowioną na potrzeby kontroli w traktatach zasadniczych.¹⁹¹ W innym wyroku Sąd Pierwszej Instancji rozpatrzył wspo-

¹⁸⁸ TS, sprawa C-171/96. *Rui Alberto Pereira Roque* przeciwko *His Excellency the Lieutenant Governor of Jersey*, [1998] Zb.Orz. 4607.

¹⁸⁹ TS, Sprawy połączone 194/85 i 241/85 *Komisja* przeciwko *Grecji* [1988] Zb.Orz. 1037.

¹⁹⁰ TS, sprawy 31 i 35/86 LAISA [1988] 2285 pkt 15. Należy wskazać, że rzecznik generalny w tej sprawie doszedł do przeciwnych wniosków, uzasadniając że powoduje to konieczność zmiany prawa wtórnego, co wywołuje obawy skarżącego, opinia rzecznika generalnego Lenza, *LAISA* przeciwko *Radzie* [1988] Zb.Orz. 2285.

¹⁹¹ TS, sprawa C-445/00 *Republika Austrii* przeciwko *Radzie* [2003] nyr, pkt 62.

mniany akt przystąpienia bez żadnych zastrzeżeń¹⁹² i to ustalenie zostało powtórzone w wielu wyrokach dotyczących tego rodzaju traktatów i aktów przystąpienia wydanych w postępowaniach w trybie prejudycjalnym.¹⁹³ Jednakże akt przystąpienia oraz traktat o przystąpieniu zostały poddane kontroli prawnej dopiero po wydaniu wyroku w trybie prejudycjalnym w ich sprawie¹⁹⁴ lub w przypadku gdy akt przystąpienia został naruszony lub gdy sąd rozpatrywał prawo wtórne zmodyfikowane uprzednio aktem przystąpienia. Warunki te muszą być widziane w kontekście przepisów proceduralnych Wspólnoty. Zgodnie z art. 234 WE, istotę stanowi, między innymi, interpretacja traktatu, włączając Traktat o przystąpieniu,¹⁹⁵ a procedura unieważnienia określona w art. 230 WE poddaje kontroli legalność aktów¹⁹⁶ z uwagi na naruszenie postanowień Traktatu, także Traktatów o Przystąpieniu.¹⁹⁷ Trybunał Sprawiedliwości uznał w sprawie *Peskeloglou*, która dotyczyła derogacji na mocy Traktatu o przystąpieniu Grecji dotyczących przepływu siły roboczej, że derogacja ta powoduje ścisłą i wąską interpretację.¹⁹⁸

W konkretnych przypadkach stosowania klauzuli ochronnych sędziowie byli bardziej niechętni do ingerowania w uprawnienia administracyjne Komisji. Środki ochronne lub ich brak, takie jak środki określone w art. 37 obecnego Aktu przystąpienia, były już w przeszłości przedmiotem kontroli Trybunału Sprawiedliwości. W sprawie *Piraiiki-Patraiki* Trybunał Sprawiedliwości rozpatrywał decyzję Komisji upoważniającą Francję do podjęcia środków ochronnych w odniesieniu do importerów przędzy bawełnianej z Grecji. W tej sprawie sędziowie uznali, że Komisja ma szerokie uprawnienia dyskrecyjne w zakresie decydowania, czy istnieją warunki uzasadniające przyjęcie środka ochronnego.¹⁹⁹ W dwóch innych sprawach firmy francuskie wniosły skargę przeciwko Komisji, odrzuconą następnie przez Trybunał, dotyczącą niedopuszczenia do przywozu greckich ziemniaków.²⁰⁰ Wyżej cytowane orzecznictwo nie odzwierciedla bynajmniej ogólnej tendencji Trybunału Sprawiedliwości do ograniczania swoich kompetencji w zakresie kontroli środków obejmu-

¹⁹² Sąd Pierwszej Instancji, sprawa I-187/99, *Agrana Zucker und Stärke AG przeciwko Komisji* [2001] Zb.Orz. II-1589.

¹⁹³ TS, sprawy C-30/00 *Hinton Ltd. przeciwko Fazenda Publica* [2001] Zb.Orz. I-7511; sprawa C-27/96 *Danisco Sugar* [1997] Zb.Orz. I-6653, TS, sprawa C-3/87 *The Queen przeciwko Ministry of Agriculture* [1989] Zb.Orz. 4459.

¹⁹⁴ TS, sprawa C-233/97 *KappAhl Oy* [1998] Zb.Orz. I-8069.

¹⁹⁵ Nie wynika to z K. Lenaerts i D.Arts, *Procedural Law of the European Union* (1999) str. 116, lecz patrz B.Wegener, art. 234 akapit 5 w Calliess i Ruffert, *op. cit.*

¹⁹⁶ Przepis ten nie obejmuje prawa pierwotnego, lecz obejmuje wszystkie środki, które mają w zamierzeniu powodować skutki prawne.

¹⁹⁷ Lenaerts i Arts, *op. cit.*, str. 197.

¹⁹⁸ TS, sprawa 77/82 *Peskeloglou* [1983] Zb.Orz. 1085.

¹⁹⁹ TS, sprawa SA *Piraiiki-Patraikai i inni przeciwko Komisji* [1985] Zb.Orz. 207, w innej sprawie Trybunał scharakteryzował te warunki jako precyzyjne pod względem merytorycznym i proceduralnym: TS, sprawa 258/81 *Metallurgiki Halyps przeciwko Komisji*, [1982] Zb.Orz. 4261.

²⁰⁰ TS, sprawa 289/83 *GAARM przeciwko Komisji* [1984] Zb.Orz. 4295, TS, sprawa 114783 *Société d'Initiatives et de Coopération Agricole and Société Interprofessionnelle des Producteurs et Expéditeurs de Fruits, Légumes, Bulbes et Fleurs d'Ille-et-Vilaine przeciwko Komisji* [1984] Zb.Orz. 2589.

jących aspekty wspólnych polityk i stosunków zewnętrznych.²⁰¹ Jednakże to, czy kompetencje te zostaną utrzymane, jest wątpliwe w świetle szerokich uprawnień Komisji w obecnym procesie rozszerzenia, w szczególności w kontekście nowych klauzuli ochronnych, które obejmują tak znaczną część dorobku.

²⁰¹ Patrz, na przykład, A. Ott, *Der EuGH und das WTO-Recht: Die Entdeckung der politischen Gegenseitigkeit – altes Phänomen oder neuer Ansatz?*, *Europarecht* 3/2003, str. 504; kontrargumenty oraz oczekiwania ścisłej kontroli w TS. F. Bigami, *The Challenge of Cooperative Regulatory Relations after Enlargement*; Conference Paper, Columbia University, kwiecień 2003, str. 33.

7. Wnioski: ile jedności w różnorodności

Jakie wnioski można wyciągnąć w odniesieniu do realizowania zróżnicowanej integracji po rozszerzeniu, porównując jej różne formy? Na poziomie politycznym dyskusja na temat konstytucji dla Europy oraz propozycji instytucjonalnych wysuniętych w trakcie Konwencji w sprawie przyszłości Europy manewruje między bardziej federalnymi a bardziej międzyrządowymi strukturami. Czy proces ten może sprawić, że Unia zmieni się w federację państw europejskich, która zdecyduje się na danie Europie podstawy konstytucyjnej, o ile państwa członkowskie zdecydują się na dalsze przeniesienie kompetencji? Inną opcją jest stworzenie unii celnej *de luxe* obejmującej około 25 lub 30 ństw członkowskich, w ramach której polityki o szerszym zakresie mogą być realizowane wyłącznie poprzez wzmocnioną współpracę kilku z tych państw.²⁰² Analizując obecny projekt konstytucji, w ramach Konwencji podjęto decyzję o wyjaśnieniu *status quo*, przy czym już w trakcie poprzednich konferencji międzyrządowych omówiono kilka nowych elementów, takich jak połączenie filarów i nadanie Unii Europejskiej jednorodnej osobowości prawnej. Wskutek wszystkich tych okoliczności powstała swoista mieszanina obu elementów, konfederacyjnych i międzyrządowych. Zatem działania zmierzające do upraszczania i nadania Unii Europejskiej bardziej wyrazistych struktur konstytucyjnych mogą obejmować dwa przeciwstawne elementy: większe zróżnicowanie, lecz jednocześnie większą elastyczność struktury. Bardziej homogeniczna struktura powstanie w wyniku zlikwidowania skomplikowanego systemu różnicowania,²⁰³ obejmująca klauzule typu *opt-in* i *opt-out* (dobrowolnego uczestnictwa lub rezygnacji z uczestnictwa) i różne zakresy stosowania dorobku UE. Z drugiej strony, ta sztywność może sprawdzić się przy mocnej klauzuli elastyczności, która pozwoli na sprostanie wszelkim ewentualnościom nie wpasowującym się w konstytucyjny „kaftan bezpieczeństwa”.²⁰⁴

Ponadto powstaje konkretne pytanie: czy rozszerzenie doprowadzi do większej elastyczności spowodowanej zastosowaniem ogólnej klauzuli upoważniającej. Jest to mało prawdopodobne ze względów prawnych i politycznych opisanych wyżej.²⁰⁵ Jednej z głównych przeszkód można upatrywać w znaczących różnicach między państwami

²⁰² Bertelsmann Forschungsgruppe Politik Centrum für angewandte Politikforschung Universität München, *Das entgrenzte Europa*, str. 7.

²⁰³ Przynajmniej można odnieść takie „wrażenie” w trakcie lektury projektu konstytucji.

²⁰⁴ W tym względzie patrz klauzula otwarcia w odniesieniu do dobrowolnego wystąpienia z Unii Europejskiej i ściślejszej współpracy w zakresie obronności.

²⁰⁵ Jednakże, w nowych państwach członkowskich można było dostrzec elastyczność sądową i administracyjną prowadzącą do negatywnych skutków ubocznych, mimo że państwa te uczestniczyły w zakrojonych na szeroką skalę przygotowaniach przedakcesyjnych, obejmujących kwestie konstytucyjne oraz szkolenie sędziów w zakresie prawa UE.

UE-15 a UE-10 ustanowionych w traktatach o przystąpieniu. Przystępujące państwa członkowskie korzystają z derogacji tymczasowych bez konkretnych ograniczeń czasowych, umożliwiających odstępstwo od stosowania różnych części dorobku z Schengen oraz dorobku Unii Gospodarczo-Walutowej. Ponadto mogą obowiązywać potencjalne derogacje w kluczowych obszarach w zakresie Rynku Wewnętrznego bez konkretnych ograniczeń czasowych. Istnieje ponadto abstrakcyjna możliwość rozszerzenia tych derogacji za pomocą szerokiego wachlarza klauzuli ochronnych.²⁰⁶

W konsekwencji wspomniane derogacje, obowiązujące przystępujące i dotychczasowe państwa członkowskie, powodują wątpliwość, czy są one nadal zgodne z fundamentalnymi zasadami prawa UE, i czy ograniczają one możliwość zróżnicowania państw członkowskich. Takie ograniczające zasady można dostrzec w zobowiązaniach w zakresie spójności i jedności prawa, solidarności, równości między państwami oraz demokracji i państwa prawa. Wszystkie z tych zasad są wzajemnie połączone i stanowią fundament struktury konstytucyjnej Unii Europejskiej, a także stosunków między państwami członkowskimi oraz wobec instytucji wspólnotowych, co znajduje odzwierciedlenie w art. 10 WE oraz w art. 1 UE.²⁰⁷

Warunki przystąpienia nowych państw członkowskich ewoluowały i stały się bardziej rygorystyczne w porównaniu z poprzednimi rozszerzeniami, z uwagi na ewolucję prawa UE, rozmiar obecnego procesu rozszerzenia, a także sytuację polityczno-gospodarczą nowych państw członkowskich. Ponadto rola Komisji w procesie poakcesyjnym została wzmocniona. Wprowadzono nowe formy środków ochronnych, które przenoszą warunkowość na pierwszy rok po przystąpieniu. Ocena tych środków w przyszłości zależy od roli Komisji Europejskiej w miesiącach poprzedzających przystąpienie oraz w okresie trzech lat po przystąpieniu. Rola Trybunału Sprawiedliwości będzie wymagała rozszerzenia, a sędziowie będą musieli bardziej wnikliwie rozpatrywać konkretne przypadki stosowania elastyczności akcesyjnej określonej w akcie przystąpienia, przede wszystkim po to, aby ustanowić przeciwwagę dla uprawnień administracyjnych Komisji, a także elastycznych oraz nieprzejrzystych środków krajowych przyjętych w obszarze przepływu siły roboczej. To zróżnicowanie prawa i polityki UE, konieczne z uwagi na różnice polityczne i gospodarcze między nowymi a starymi państwami członkowskimi, a także z uwagi na brak zaufania między państwami członkowskimi, nasuwa pytanie, w jaki sposób budować pomost między pożądaną minimalną jednością a niemożliwą do uniknięcia różnorodnością lub, innymi słowy, ile różnorodności potrzeba w jedności. Dlatego znaczenia nabierają ramy konstytucyjne dla zmian w obecnej strukturze oraz konstytucyjne ograniczenia zmian, a także bardziej wyraźne określenie wspólnych fundamentalnych zasad konstytucyjnych. Fundamentalne zasady, takie jak: solidarność i równość państw członkowskich oraz niedyskryminowanie obywateli UE zasługują na szczególną uwagę i wymagają dopracowania, tak aby mogły sprostać wyzwaniom obecnego procesu akcesyjnego i dalszych etapów rozszerzenia struktur europejskich.

²⁰⁶ Jednakże, stosowanie takich derogacji i systemów przejściowych musi być proporcjonalne i nie może być permanentne.

²⁰⁷ Patrz solidarność i równość, znajdujące swoje odzwierciedlenie w art. I-2 i art. I-5 Projektu Konstytucji. Tak zwana klauzula solidarności określona w art. I-42 stanowi o solidarności w przypadku ataków terrorystycznych i klęsk.

**Unity in Diversity?
Differentiation
in EU Law and policy
in an Enlarged
European Union**

1. Supranationality versus disintegration

The system of European law and its autonomy have been built on a legal construct consisting of the fundamental principles of supranationality, primacy and integration.¹ Since the foundation of the European Communities these principles have been developed by the ECJ in its case law, which has been adhered to by the Member States. In its simplicity and straightforwardness it has been striking and an attraction especially for lawyers because it seems to symbolise the rule of law in action and to be in opposition to international legal regimes.

Despite all these fundamental principles constituting the EU legal order, the constant revision of the treaties and the growing size of the European Union from six to fifteen and, finally, to twenty-five Member States have resulted in a situation where disintegration or flexibility have become notions, in their own right, and which have characterised the legal entity being the European Union since the Maastricht Treaty.² Independently from the question whether this is good or bad or in the interest of EU integration, it has to be admitted that European law has come long way from a principle of supranationality³ to a “principle” of disintegration.⁴ Supranationality has been defined as the Member States’ acceptance of Community interests, the establishment of an effective Community power and the autonomy and efficiency of Community law.⁵ Disintegration or diversity is less of a principle than a mix of different concepts. One sees it represented in Article 6 (3) EU⁶ which emphasises the national identities of the individual Member States or the motto of the Union in the Draft Constitution (Art. I-6a: “Unity in diversity”) while others define it as the necessary preserve of the individual, the local, the regional aspect and of the nation state.⁷

¹ For the development of these principles by the case law of the ECJ see: J. Weiler, The Transformation of Europe, pp. 19, in J. Weiler, *The Constitution of Europe*, (1999).

² J. Shaw, European Union Legal Studies in a Crisis?, *Oxford Journal of Legal Studies* 1996, pp. 231-253.

³ On supranationality as a form of a genuine principle: H. P. Ipsen, Über Supranationalität, pp. 97, in Ipsen (ed.) *Verfassungsperspektiven der europäischen Integration* (1984). Mainly see: A. von Bogdandy, Doctrine of Principles, *Jean Monnet Working Paper* No. 9/03.

⁴ It shall not be argued here that both can be characterised as constitutional principles of their own right but more as characteristic features of this legal system, see for this also: A. von Bogdandy, *op. cit.*, p. 47.

⁵ Ipsen, *op. cit.*, or see Pierre Pescatore’s definition as recognition by a group of states of certain common interests and values and the creation of effective Community power and the autonomy of this power, P. Pescatore, *The Law of Integration* (1974) p. 26.

⁶ Von Bogdandy, *op. cit.*, p. 53.

⁷ J. Shaw, European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic, *op. cit.*, pp. 232.

This paper argues that despite all trends leading to the “Europe of bits and pieces”⁸ or “disintegration” certain common fundamental principles underpin the constitutional legal order of the European Union and need to be reaffirmed with the current enlargement process and its accession treaty. The current EU enlargement admits ten new countries which are not fully ready in legal and economic terms for accession and some specific provisions of the Accession Treaty reflect the mistrust of the fifteen Member States towards the acceding ten new members and their ability to apply EU law. To accommodate the needs of these countries and the current Member States and to ease political and economic pressures, these new incoming Member States are subdued by a strict regime of differentiated norms and are derogated from the full application of the *acquis* for definite and indefinite periods. These differentiations result in a complex legal system that questions the unity of Community law and demands a clearer definition of minimum common standards or fundamental principles applicable among 25 Member States.

⁸ D. Curtin, *The Constitutional Structure of the European Union: A Europe of Bits and Pieces* *CMLRev* 1993, pp. 17-70 and see the substantial literature which has been written about the forms of differentiation/flexibility in the EU: F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union Law*, (1999); G. de Búrca and J. Scott, *Constitutional Change in the EU*, (2000); B. Witte, D. Hanf and E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, (2001); Langeheide, *Abgestufte Integration*, *Europarecht* 1983, pp. 227; P. M. Huber, *Differenzierte Integration und Flexibilität als neues Ordnungsmuster der Europäischen Union*, *Europarecht* 1996, pp. 347; J.A. Usher, *Variable geometry or concentric circles: Patterns for the EU*, *ICLQ* 46(1997) pp. 243; C.-D. Ehlermann, *Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Vertragsprinzip*, *Europarecht* 1997, pp. 362 (at p. 366-367).

2. Different forms of flexibility in EU policy and law

Differentiation or flexibility⁹ as a concept in EU policy-making has been widely discussed over the past ten years in academic literature. This discussion highlights that the above terms neither embody a new political concept nor a clear-cut legal principle.¹⁰ To add to the complexity of the subject, the discussion reaches into the constitutionalisation of the European Union¹¹ (or the *finalité* of the integration process), the co-existence of the legal orders of Member States and European Union in terms of plurality¹² and “multilevel constitutionalism”.¹³ Moreover, it can be viewed as an instrument that enables the Member States to deviate from the Community method and the existing balance of powers and thus also raises issues of democratic accountability and legitimacy.¹⁴ A general definition of flexibility is the possibility for certain Member States to integrate more closely with some Member States rather than others as the EU enlarges and becomes more diverse politically and economically.¹⁵ Other contributors define it as a general module of integration strategies that try to reconcile heterogeneity within the European Union and allow different groupings of Member States to pursue an array of public policies with different procedural and institutional arrangements.¹⁶

⁹ In this contribution these phrases are interchangeable.

¹⁰ It is disputable whether it may be considered a legal principle at all. Principles are defined according to Dworkin by opposing them to rules. Principles do not set out legal consequences but state reasons which in turn yield particular arguments. In contrast to this definition, Hart differentiates principles from rules by degree and the fact that they provide an explanation or rationale but also a justification of a rule: R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, (1977), pp. 24-31.

¹¹ The provisions of the enabling clause of Articles 11 and 40, 43 EU read like the Constitutional Treaty in a nutshell, specifying which elements cannot be violated by a closer co-operation in the existing Union. See generally the very good overview on the national positions on the European constitutionalisation process: J. Dutheil de la Rochère and I. Pernice, *European Union and National Constitutions*, General report to FIDE XX Congress 2002 in London, www.fide2002.org.

¹² N. Walker, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, *European Law Journal* 4 (1998), pp.355 (at pp. 361).

¹³ I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, *CMLRev* 1999 pp. 703-750.

¹⁴ On this topic see: S. Weatherill, ‘If I’d wanted you to understand I would have explained it better’: What is the purpose of the provisions on closer co-operation introduced by the Treaty of Amsterdam?, P. Twomey and D. O’Keeffe (eds.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty* (1999), p.37 and J. Shaw, *Flexibility in a “reorganized” and “simplified” Treaty*, *CMLRev* 2003, pp. 279-311.

¹⁵ D. Dinan (ed.), *Encyclopaedia of the European Union* (2000), p. 236.

¹⁶ A. Stubb, *A Categorization of Differentiated Integration*, *JCMS* Vol. 34 (1996), pp. 283; G. Glöckler, *Flexibility and closer cooperation*, p. 63 in: G. Glöckler et al., *Guide to EU Policies* (1998), similar definition in de Witte, Hanf and Vos (“The facilitation and accommodation of a degree of difference

The discussion about flexibility has gained momentum since the current enlargement process got underway.¹⁷ A European Union with 25 or even 30 members¹⁸ is characterised by more diversity not only due to number of members¹⁹ but also due to the dynamic Treaty changes of Maastricht, Amsterdam and Nice introducing new Community and Union policies. Consecutively, with the acknowledgment of more diversity among the Member States and in the European Union, the European Union has emphasised a minimum standard of consistent and efficient application of the *acquis communautaire* upon which the special legal order of the European Union is built and which is also reflected in the so-called Copenhagen criteria.²⁰ The Commission stressed in this connection the relevance of the willingness and capacity of candidates to implement and meticulously apply the entirety of the current and future *acquis communautaire*.²¹ This required the engagement of candidate countries in a substantial pre-accession process, one without precedence in the Union's history.²² However, at the same time as declaring this political commitment to coherence and uniformity, the current Member States have discussed how the European Union can work in a Europe of 25 or 30 and how to prepare the existing institutions for enlargement, which might lead to more flexible institutional structures as a consequence.

Most of the notions such as “multi-speed Europe”, “Europe à la carte”, “variable geometry”, “hard-core Europe” and a “Europe of concentric circles” describe very broadly the existing forms of differentiation and focus on the political form of flexibility. These descriptions have already a positive or negative connotation. Multi-speed Europe and Europe à la carte are used in opposing ways: whereas the former notion is used to achieve common integration goals at different speeds, the latter entails the picking and choosing of certain policies or structures.²³ Variable geometry

between Member States or regions in relation to what would otherwise be common Community or Union policies”).

¹⁷ This can be dated back to the European Council in Copenhagen in 1993 where the Europe Agreements were recognised as a vehicle for accession in such that every country which concluded an Accession Association Agreement with the EU can apply for accession, see further K. Inglis, *The Europe Agreements compared in the light of their preaccession reorientation*, *CMLRev* 2000, pp. 1173.

¹⁸ Bulgaria and Romania envision to become members of the EU by 2007, the decision to start negotiations in 2005 with Croatia was taken in June 2004.

¹⁹ See further: B. de Witte, *The Impact of Enlargement on the EU Constitution of the European Union*, pp. 209 (at p. 215) in M. Cremona (ed.), *The Enlargement of the European Union* (2002).

²⁰ The three original Copenhagen criteria are the following: 1. Stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities; 2. the existence of a functioning market economy as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the Union; 3. the ability to take on the obligations of membership including adherence to the aims of political, economic and monetary union.

²¹ The Commission has clarified this by the introduction of the so-called Madrid criterion added at the Madrid European Council conference 1994 which refers to the actual administrative capacity to apply the *acquis* in the candidate country, see on this: L. Maurer, *Negotiations*, p. 114, in Ott and Inglis (eds.) *op. cit.*

²² See further: K. Inglis, *The Pre-accession strategy and the Accession Partnerships*, pp. 103, in Ott and Inglis (eds.).

²³ This concept was mainly supported by a British conservative government until it lost the elections in 1997.

is seen as a normative concept and implies that not all policies are to be chosen freely by the Member States although there is a basis for common policies to be supplemented by additional forms of co-operation.²⁴ Hard-core Europe sees certain Member States as forming the core of Europe (such as Germany, France, Belgium, the Netherlands and Luxembourg) and certain non-core countries (such as Spain and Italy). The concept of concentric circles is a phrase coined by the French politician Balladur, which includes in the central core model EU states, surrounded by less *communautaire* Members (such as the UK and Denmark), with a third circle of countries such as Switzerland, Liechtenstein and Norway and in a fourth circle of countries associated to the Union by accession agreements.²⁵ The theory of overlapping circles divides the Member States into ones with long transitional periods preceding full application of the *acquis* and a smaller number of Member States with a more organised monetary and military structure. In a stricter formal or more legal sense, differentiation and flexibility among Member States can be seen in the legal hierarchy of Accession Treaties,²⁶ primary EU and EC law, secondary law and the application of soft law measures and the tool of minimum harmonisation.²⁷

For this paper, two different forms of flexibility shall be classified, which forms are reflected in practice and the structure of the Treaties. One form ensues from the accession treaties and the other followed from the EU constitutional or institutional system. In more details, one may differentiate between political – predetermined - flexibility, and judicial and administrative flexibility. Political flexibility differs from constitutional flexibility in that it includes all concepts developed to overcome current difficulties in the integration process. This political flexibility does not necessarily need to be reflected in the Treaties yet, but it is discussed in political fora.²⁸ Predetermined institutional flexibility is the predecessor of constitutional flexibility and is defined as all forms of co-operation which developed originally outside the EC-/EU-Treaties on the basis of international law among some of the Member States, and which were later completely or partially integrated into the legal order of the European Community. Judicial and administrative flexibility

²⁴ Ost differentiates differentiated integration and variable geometry according to the criteria of time limit and objective or subjective criteria. Hence, according to her, differentiation in integration is characterised by time limits and the objective differences between Member States whereas variable geometry is more reliant on the existing willingness for integration, see N. Ost, *Flexibilität des Gemeinschaftsrechts – Vom Notantrieb zum Vertragsprinzip, Die Öffentliche Verwaltung* 1997, p. 496.

²⁵ See the definition of concentric circles in: A Concise Encyclopaedia of the European Union, <http://www.euroknow.org/dictionary/c.html>.

²⁶ A notorious example is the German Banana protocol, annexed to the Treaty of Rome, under which Germany benefited from a special arrangement of duty-free imports of bananas until the Banana Regulation was introduced EU-wide.

²⁷ Tuystschaever, pp.116, on soft-law differentiation: L.Senden and S.Prechal, *Differentiation in and through Community Soft Law*, pp. 181-199, in de Witte, Hanf and Vos, on minimum harmonisation: E. Vos, *Differentiation, Harmonisation and Governance*, pp. 179, in de Witte, Hanf and Vos, op. cit.

²⁸ See for examples: Small group forge ahead on security issues, 10.6.2004, www.euobserver.com; Fischer backs away from core Europe, 1.3.2004, www.euobserver.com; J.Palmer, *The Constitutional Treaty – opening the way to “core” Europe?*, 20.6.2004, European Policy Centre, www.theepc.net.

result from the different application and implementation of European law. Judicial flexibility can be explained by constitutional conflicts arising between the European Court of Justice and national courts on the protection of human rights and the supremacy of European law.²⁹ Administrative flexibility results from the different standards of application of Community law. The application of the subsidiarity principle in connection with certain harmonisation measures in environment, social and consumer policy might lead to differences in the application of Community law.

²⁹ See for the jurisdiction of the Danish, Spanish, Italian and German constitutional courts and their different cooperation models, M. Claes, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, (2005, forthcoming).

3. Differentiation after accession

3.1. Differentiation through the Accession Treaties

A separate type of predetermined flexibility results from the accession treaties concluded in the current and past enlargement processes with Denmark, the UK and Ireland in 1973, Greece in 1981, Spain and Portugal in 1986 and Sweden, Finland and Austria in 1995.³⁰ These Treaties of Accession consist of a short Treaty of Accession and detailed Acts of Accession with annexes determining necessary adjustments on a permanent or temporary basis. These adjustments modify EU and EC primary law and determine the modalities for accession. Accession treaties and acts of accession are characterised by their double legal nature: firstly, they are considered international agreements among the Member States and the acceding state³¹ and secondly, they also form EU primary law because they modify primary law.³² They predetermine, from the date of accession, different legal regimes among Member States. Usually the differentiations is only temporary, especially when involving the core part of the Community *acquis*, but may also be of more permanent nature when involving marginal matters. Such differentiation or derogations among Member States can be generally divided into (a) temporary derogations, (b) temporary provisions, (c) safeguard clauses and (d) transitional arrangements. They fall, according to their rationale, into two groups: one group of exemptions is motivated by technical, financial or practical reasons; the other is imposed for political reasons. Derogations form a part of the of the accession process and have implications for primary and secondary law.³³

General derogations, especially for the complex Common Agricultural Policy and state aid have been applied from the first enlargement. Similarly, specific safeguard clauses to suspend rights and obligations under certain circumstances of economic difficulties have been employed in previous enlargements in 1972, 1979 and 1985.³⁴ A transitional period for the non-application of certain parts of the *acquis* motivated by

³⁰ The previous enlargement processes with Denmark, the UK and Ireland in 1973, Greece in 1981, Spain and Portugal in 1986 and Sweden, Finland and Austria in 1995; Czech Republic, Estonia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Slovenia and Slovakia, OJ 2003 L 236.

³² See the case law: ECJ, Case 185/73 *Hauptzollamt Bielefeld v. OHG König* [1974] ECR 607; ECJ, Joined Cases 194/85 and 241/85 *Commission v. Greece*, [1988] ECR 1037; and in the literature: W. Meng, Art. O para. 12, H. v. d. Groeben and J. Thiesing and C.-D. Ehlermann (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*: The provision relevant for an accession to the European Union was originally Art. 237 EC which was transformed under Maastricht into the TEU and Art. O and now Art. 49 EU.

³³ See examples in A. Lopian, *Übergangsregime für Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften*, (1994).

³⁴ These safeguard clauses were modelled after the former Art. 226 EC Treaty.

political reasons was applied for the first time in respect of the southern enlargements. The Greek, Spanish and Portuguese workers only gained full access to the EC labour market after a transitional period of seven years,³⁵ which was later reduced to six years for Spanish and Portuguese workers.³⁶

The Accession Treaties of the current enlargement process include specific conditions or modalities of admission to the European Union, which are laid down in the Act of Accession and form an integral part of the Treaty (see Article 1 (2) thereof). The Act of Accession is divided into five parts with part one consisting of principles, part two including adjustments to the Treaties, part three permanent provisions, part four involving temporary provisions and part five containing the provisions relating to the implementation of the Act of Accession. The conditions are further specified in 18 Annexes, 10 Protocols, substantial number of declarations by current Member States and new Member States and including joint declarations and declarations of the European Commission. From these provisions it becomes clear that the European Union ensures a strict post-accession monitoring system that creates a complicated web of differentiation between current and new Member States and new forms of potential application of specific institutional enabling clauses to deviate from the *acquis*.

3.2. Temporary derogations from the *acquis communautaire*

The temporary derogations can be differentiated from the temporary provisions because these derogations extend existing forms of predetermined flexibility to new Member States for justified economic and technical reasons.

3.2.1. Derogations from the Schengen *acquis*

The Schengen agreement has been considered a showcase for successful differentiation in the aim of further integration. It started off as an international agreement among Germany, France and the Benelux countries in 1985 (Schengen I) to gradually abolish checks of persons at common borders. A Schengen Implementing Convention was unveiled in 1990 (Schengen II).³⁷ Most Member States signed both, however the UK resisted against any commitment to lift internal border controls and Ireland followed due to its Common Travel Area established with the UK. Similarly, Denmark did not participate because of the Nordic Travel Area. Later, in 1996, Denmark acceded to Schengen but objected against the introduction of Justice and Home Affairs into the institutional and legal framework of the Treaties.³⁸

³⁵ Article 56 of the Act of Accession of Spain.

³⁶ OJ 1991, L 206/1.

³⁷ E. Denza, *The Intergovernmental Pillars of the European Union* (2002), pp .66.

³⁸ In the respect see especially the problematic - in Danish view - so-called passarelle clause in Art.K.9 of the EU Treaty: K.U. Kjaer, How many borders in the EU?, pp. 169 (at p. 177) in: K. Groenendijk, E. Guild and P. Minderhoud, *In Search of Europe's borders* (2003).

With the Treaty of Maastricht, a third pillar for intergovernmental cooperation in Justice and Home Affairs was established, however, but without practical consequences for closer co-operation as Article K.7 EU legitimised the existing forms.³⁹ Following the changes introduced by the Amsterdam Treaty, the Schengen members decided to incorporate the Schengen *acquis* into the EU legal system. The protocol that integrates the Schengen *acquis* clarifies the different special status of Denmark, Ireland and the UK. Article 1 of the Protocol integrating the Schengen *acquis* into the framework of the European Union specifies this as closer cooperation. Article 3 stipulated that the special status of Denmark consists in having rights and obligations in regard to Schengen under international law. This regulation however has to be seen in contrast to Article 4, which applies to Ireland and the UK and enables them to opt in to some or all provisions of the Schengen *acquis*. Furthermore, Article 6 stipulates that the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway shall be associated with the implementation of the Schengen *acquis* and its further development on the basis of the Agreement signed in Luxembourg on 19 December 1996.⁴⁰ The positions of the UK, Ireland and Denmark are further specified in separate protocols on the position of the UK and Ireland on the one hand and Denmark on the other.

It became clear from the beginning that no special regimes are applicable to the new Member States. Thus, they are obliged to integrate the Schengen *acquis* from the date of accession. However, the Act of Accession in its Article 3 stipulates that although the new Member States are bound by the Schengen *acquis*, only a part thereof will apply immediately. It divides into directly binding Schengen *acquis* and other provisions of the Schengen *acquis* that only apply in a new Member State depending on a Council decision verifying whether the necessary conditions for the application of all parts of the *acquis* concerned have been met in that new Member State. According to Annex I, directly applicable *acquis* parts include external border controls, illegal immigration, criminal law cooperation, aspects of police cooperation, drugs, firearms and data protection, while the abolition of internal borders, visa policy, freedom to travel, the core of police cooperation and SIS only apply when the Council takes a positive decision.⁴¹ Due to the opt-in of Ireland and

³⁹ G. Papagianni, Flexibility in Justice and Home Affairs an Old Phenomenon taking new forms, p. 104, in de Witte, Hanf and Vos.

⁴⁰ Den Boer and Kerchove have identified five different configurations of countries: a. The EU members which committed themselves to create an area of freedom, security and justice minus UK, Ireland and Denmark, b. 13 EU Member States that have signed the Schengen Agreement, c the same 13 Member States plus the two associated members Iceland and Norway who - together with the UK and Ireland - form the so-called Mixed Committee, d. the 13 Schengen EU Member States together with the partial participants (UK and Ireland) who have requested an opt-in in respect to certain elements of the Schengen *acquis* and e. the acceding countries which have to implement the Schengen *acquis*, on whom, however, according to Art.3 of the Act of Accession only parts of the *acquis* will immediately apply after accession. See: M. den Boer and G. de Kerchove, Schengen Acquis and Enlargement, pp. 315 in, V. Kronenberger, *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, (2001).

⁴¹ See S. Peers, The EU Accession Treaty, Statewatch analysis of the EU Accession Treaty.

the United Kingdom on certain parts of the Schengen *acquis*, they will participate in the decision in only as far as it relates to acts in which they participate.

To aid the new Member States to fully comply with the *acquis* in this area, extra funding is secured by the European Union. Article 34 sets up a fund for transitional issues such as JHA matters and Article 35 of the Act of Accession establishes a “Schengen facility”, which provides funding of external border controls with an amount of 300 million euro per year.

3.2.2. Derogation from the Economic and Monetary Union (EMU)

Even though the original EEC Treaty provided for a rudimentary form of co-operation and coordination of economic policies, the initial plan to establish EMU failed in the 1970’s.⁴² Later, the Maastricht Treaty took up the gradual, three step approach to complete the Economic and Monetary Union, in which eleven Member States participated in since 1st January 1999, with the late comer Greece on the 1st January 2001. Special and specific status was granted to the United Kingdom and Denmark of non-participation in the third stage.⁴³ While Denmark has been excluded since 1992,⁴⁴ the UK has an option to opt-out of stage three of EMU in absence of a positive decision of the government and Parliament.⁴⁵ In Sweden, since 1999 the government has lacked the necessary support to advocate the participation in EMU and Sweden is not willing to participate in the European Exchange Rate Mechanism.⁴⁶

This situation led to the discussion as to whether participation in EMU is a legal obligation and whether a Member State can leave the EMU.⁴⁷ It has been correctly argued that only the Member States that have negotiated these special regimes are able to differentiate from a legal obligation to participate and that membership in the EMU is not voluntary.⁴⁸ This is, on the one hand, seen in the legal status of non-participating countries (Member States with derogation according to Article 122 EC Treaty) and, on the other hand, in the Copenhagen criteria, which included the ability to participate in Economic and Monetary Union.⁴⁹

⁴² F. Amtenbrink, *Economic and Monetary Policy (in the framework of the EMU)*, in Ott and Inglis, *op. cit.*

⁴³ The Danish population decided against introduction of the Euro by referendum in September 2000.

⁴⁴ These special conditions are laid in Protocol 12 on certain provisions relating to Denmark.

⁴⁵ Protocol No.11 on certain provisions relating to the UK and Northern Ireland. In October 1997 the UK informed the Council that it did not intend to move to the third stage. See K. P.E. Lasok, *Law & Institutions of the European Union* (7th edn. 2001), p. 585.

⁴⁶ This was confirmed by the negative outcome of a referendum in September 2003, “Bigger than expected Swedish “no” throws doubts on future of the euro”, 15.9.2003, www.euractiv.com.

⁴⁷ This was overeagerly assumed by the German Bundesverfassungsgericht in its Maastricht decision.

⁴⁸ Contra: J. A. Usher, *Enhanced Cooperation or Flexibility in the Post-Nice Era*, pp. 97 (106-107), in Arnall and Wincott, *op. cit.*; Amtenbrink differentiates between Member States with a derogation and the voluntary participation in ERM (European Exchange Rate Mechanism) II, see F. Amtenbrink, Chapter 10 *Economic and Monetary Policy (in the framework of the EMU)*, p.704, in Ott and Inglis(eds.) *op. cit.*

⁴⁹ See FN above.

For participation in the monetary union, the status of the new Member States is fixed as a Member State with a derogation according to Article 122 EC in conjunction with Article 4 of the Act of Accession. In the current situation the accession to the single currency zone cannot be achieved due to budget deficits exceeding 4 percent in the following new Member States: Slovakia, Hungary, Poland and the Czech Republic. This predetermined differentiation has the intention to be temporary. This can be explained by the political Copenhagen criteria which clearly set the participation in the Economic and Monetary Union as a political obligation.⁵⁰ Secondly, as stated above, certain Member States can choose not to participate in Stage Three of the EMU.⁵¹

3.2.3. Temporary derogations in regard to the internal market *acquis*

The applicable temporary provisions are listed in the respective annexes and are applicable individually to the new Member States. Article 24 stipulates the temporary provisions in connection with Annexes V to XIV⁵² which are applicable to all the new Member States in regard to the temporary non-application of a part of the four freedoms *acquis* and certain secondary law.⁵³ The European Commission made it clear from the beginning that it would not accept long-term derogations from the internal market *acquis*, however, it admitted certain time-limited derogations for political and economic reasons and for the lack of mutual trust among Member States.

Consequently, transitional arrangements apply to fifteen out of a total of thirty-one chapters: free movement of goods, free movement of persons, freedom to provide services, free movement of capital, company law, competition policy, agriculture, fisheries, transport policy, taxation, employment and social policy, energy, telecommunications, IT and postal services, culture and audio-visual policy and environment. While in some chapters the derogations turn out to be minimal and short⁵⁴ (which is for instance the case for the movement of goods)⁵⁵ other derogations such as in the field of movement of workers and environment are more

⁵⁰ See above.

⁵¹ J.-V. Louis, *Differentiation and EMU*, p. 44.

⁵² Inglis calls this specified transitional arrangements for the new Member States which provide for technical adaptations to various laws, see K. Inglis, *The Accession Treaties and transitional arrangements: A twilight zone for the new Member States* in C.Hillion, *EU Enlargement: A Legal Approach*, (2004).

⁵³ Article 40 of the Act of Accession clarifies for the application of the transitional periods set in Annexes V to XIV that the new Member States' national rules imposed during the transitional period shall not lead to border controls between Member States and therefore hamper the proper functioning of the internal market. See the identical wording in Article 153 Act of Accession for Austria, Finland and Sweden: OJ 1994 C 241/9-404.

⁵⁴ Malta may allow certain collective agreements on working time to remain in force until 31 December 2004 in contravention of Directive 93/104/EC.

⁵⁵ Inglis, *supra*.

substantial.⁵⁶ For example, the Czech Republic enjoys derogations in the following areas: free movement of persons, services, free movement of capital, agriculture, transport policy, taxation, energy, and environment. In the case of Cyprus, derogations are applicable in the fields of free movement of goods, services, capital, agriculture, transport policy, taxation, energy and environment. For Slovenia it extends to free movement of goods, movement of persons and the movement of services.⁵⁷

Some of these deviations from the Community *acquis* find their justification in political reasons without a clear economic or legal justification. This can be explained by referring to the negotiations on free movement of persons and free movement of capital.⁵⁸

3.2.3. 1 Example: Movement of workers

Even though the chapter on free movement of persons was already opened in 2000, it was not until the beginning of 2001 that the Member States addressed the issue of the free movement of workers. At this point it was already clear that Germany and Austria (as these Member States direct neighbouring Poland, the Czech and Slovak Republics, Hungary and Slovenia) would, on political grounds, ask for a transitional period of up to seven years before the relevant *acquis* applies to the new Member States.⁵⁹

The Commission came up with five options (1) full and immediate application of the *acquis*, (2) safeguard clauses with a limitation only imposed after a serious and persistent disruption of the labour market, (3) flexible optional system of transitional arrangements, (4) establishment of a fixed quota system and (5) complete derogation from the *acquis* for a limited period of time. In the Draft Common Position presented to the candidate countries, the Commission suggested a flexible transitional regime with the reasoning that the migration would concentrate in certain Member States, depending on geographical proximity, income differentials, and unemployment levels. Moreover the Commission forecast

⁵⁶ One example is Poland which has been granted an exception until 2017 involving large combustion plants.

⁵⁷ See Accession Treaties.

⁵⁸ Inglis gives the concrete example of Annex XII that Poland can maintain existing national certificates for medical devices or authorisations for pharmaceuticals until December 2005 or 2008 respectively. Other Member States, including new Member State, will not be obliged to recognise those authorisations or certificates and may therefore prevent the products concerned from being placed on their markets. See Inglis, *The Accession Treaties and transitional arrangements: A twilight zone for the new Member States*, *op. cit.*

⁵⁹ Before the Commission issued a proposal it commissioned a study which estimated the influx of immigrants as 200,000 to 240,000 per year and expected a decline to 85,000 to 125,000 per year during the first ten years of accession; T. Brücker and H. Boeri, *The Impact of eastern enlargement on employment and labour markets in the EU-Member States*, commissioned by DG Employment and Social Affairs of the European Commission, see on this G. Ziegler, *The Accession Negotiations on Free Movement of Workers*, p. 132, in Ott and Inglis, *op. cit.*

a considerable degree of unpredictability regarding the labour market.⁶⁰ An independent study estimated that about 200.000 to 240.000 immigrants per year from the EU-8 (the CEECs) would arrive, with 77 percent of them settling down in Austria and Germany.⁶¹ In another study, the number of migrants coming from the new Member States already settled in the EU-15 Member States before accession were estimated, in 1999, at 850.000.⁶²

Most of the new Member States were disappointed by this proposal as they had hoped for a general safeguard clause. Due to their size and economic situation Malta and Cyprus were excluded from these transitional derogations.⁶³ The final and more flexible version is for an initial general transition period of only two years after which the *acquis* automatically applies, unless a current Member State notifies the Commission that it wishes to maintain its restrictions. In the bilateral negotiations, Hungary, Latvia and the Slovak Republic accepted this with slight modifications to the effect that they would be entitled to reciprocal measures and might resort to safeguard measures. The Commission negotiated with the Czech Republic, Lithuania, Slovenia and Poland in a similar way. The latter countries, however, extended the possibility to apply the safeguard clause so that the Czech Republic can resort to a safeguard clause towards another new Member State, even if no current Member States applied national measures against this new Member State. Therefore Hungary, Latvia and the Slovak Republic asked for the same “equal treatment” as regards the use of safeguard clauses toward new Member States. In the end this request was granted for all 8 CEECs.⁶⁴

Article 24 in connection with, for instance, the Polish Annex XII of the Act of Accession stipulates that in the field of free movement of persons, the following applies: Article 39 and the first paragraph of Article 49 shall only fully apply in relations to the freedom of movement of workers and the freedom to provide services involving temporary movement as defined in Article 1 of Directive 96/71/EC (therefore posted workers do not fall under the scope of the transitional arrangements).⁶⁵ Instead, the EU-15 Member States⁶⁶ apply national measures or those resulting from bilateral agreements, regulating the access to their labour markets for a two year period. Furthermore, Polish nationals legally working in a present Member State at the date of

⁶⁰ See further on this Ziegler who refers to opinion polls conducted in Poland according to which 16 % of Polish adults (4.6 million persons) were indicating the inclination to look for a job in the West. A Czech and Hungarian opinion poll, especially for the group of younger workers, came to similar results.

⁶¹ T.Boeri and H.Brücker, *The Impact of Eastern Enlargement on Employment and Labour Market in the EU Member States* (2000).

⁶² This estimate includes illegal migrants, see J. Kunz, *Labour Mobility and EU Enlargement – A Review of Current Trends and Debates*, *DWP* (2002), p. 17.

⁶³ Malta negotiated due to the size of its labour market the right to use a safeguard against all EU-24.

⁶⁴ Ziegler, *op. cit.* p. 140.

⁶⁵ This is reflecting the previous case law on the Accession Treaty with Portugal and Spain: ECJ Case C-113/89 *Rush Portuguesa Ltd. v. Office national d'immigration* [1990] ECR I-1417.

⁶⁶ EU- 15 means the following Member States: Austria, Belgium, Denmark, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and United Kingdom,

accession and admitted to the labour market of that Member State for an uninterrupted period of 12 months or longer will enjoy access to the labour market of that Member State.⁶⁷ The family members of a worker only have access to the labour market as far as the worker is legally admitted to the labour market for a period of at least 12 months or when the workers arrives after accession, only after eighteen months of residence. Austria and Germany have secured specific flanking measures to address serious disturbances in certain specified sectors such as construction, industrial cleaning and interior decorators of their labour markets.

The Council will perform a review on the basis of a report submitted by the European Commission on the functioning of the transitional provisions, and then the present Member States must notify the Commission as to whether they will continue applying national measures or measures resulting from bilateral agreements or whether they apply the Community *acquis*. A further extension is given to the Member States according to paragraph 5 in the form of a special safeguard clause: in the case of serious disturbances of their labour market or of a threat thereof. Having notified the Commission, such a Member State can continue to apply these measures until the end of the seven year period following the date of accession. In a most extreme situation the *acquis* in this field would not apply until 2011: a two year period applies automatically with these national measures (paragraph 2) and three more years (until 2009) will be added to this provided EU-15 Member States notify the Commission that they will continue applying national measures (paragraph 5), upon proof of serious disturbances on the labour market or the threat thereof the Commission may grant another two-year-extension until 2011.⁶⁸

While at the moment of signing the Accession Treaty in April 2003 some of the Member States promised to grant CEEC nationals full access to their labour markets from accession, one year later, twelve of the fifteen Member States, except Ireland, Sweden and the United Kingdom, have announced that they extend national measures or impose restrictions beyond the date of accession.⁶⁹ The nature of the national measures varies from country to country, from access to the labour market (Sweden,⁷⁰ Ireland and the UK),⁷¹ to transitional measures of different nature and length in the other 12 Member States.⁷² In a Joint Declaration by all the

⁶⁷ This is yet another issue that was clarified by the Court of Justice in the previous enlargement, even though now a one year minimum legal employment has to be proven. ECJ, *Mário Lopes da Veiga v. Staatssecretaris van Justitie* [1989] ECR 2989.

⁶⁸ List referred to in Article 24: Czech Republic, Freedom of Movement of Persons Points 3 and 5.

⁶⁹ See Workers from the new EU face benefit ban, 18.2.2004; Czech leaders criticise Dutch for closing off labour market, 17.2.2004, www.euobserver.com. See also Summary of Transitional Arrangements by County, 29/04/2004, *European Citizen Action Service – Press Release Annex*.

⁷⁰ The Swedish parliament turned down at the last moment restrictive measures which were announced previously by the government, “Sweden opens its doors to new EU workers”, 28.4.2004, www.euobserver.com.

⁷¹ See “Row in Ireland over immediate freedom of movement”, 4.7.2002, www.euobserver.com; “UK will not close its borders”, 9.2.2004, www.euobserver.com.

⁷² See on a summary of transitional arrangements by country, 29.4.2004, *European Citizens Action Service – Press Release Annex*.

Member States annexed to the Accession Treaty, the EU-15 stress the strong elements of differentiation and flexibility in this particular arrangement.⁷³ Exactly these elements, however, result in complexity and legal uncertainties.⁷⁴ Without discussing the different national measures in depth, one can state that these transitional measures restricting market access conflict in their interpretation with the principle of non-discrimination, EU citizenship and the standstill clause according to paragraph 14 of the CEEC country annexes.

Certain discrepancies between the national measures and the rights of entrants as new EU Member states citizens catch the eye. National measures restrict the access to the labour market of the EU-15 which consequently results in the restriction of the comprehensive rights of job-seekers under Article 39 EC Treaty to seek work, change their job and reside in another Member State. Despite these restrictions, the new Member States citizens are full EU citizens with all the rights of Articles 12 and 18 EC. The ECJ has given these rights a broad interpretation within its jurisdiction, a right to non-discrimination and residence are included and can only be restricted by legitimate, proportional and non-discriminatory measures.⁷⁵ The British government decided to open its job market and therefore not impose national measures. However, it obliges EU-8 workers to register with the Home Office and restricts their social benefits. Only those EU-8 workers that registered and worked in the UK for at least 12 months are entitled to job-related benefits.⁷⁶ Due to the Common Travel Area, Ireland decided also to amend its social welfare legislation at the beginning of 2004 and requires that individuals have to be habitually resident for two years before being entitled to social assistance payments.⁷⁷

These changes are disputable under two respects, the standstill clause and the non-discrimination right of EU citizens. The standstill clause in paragraph 14 of the individual CEEC country annexes to the Accession Treaty guarantees EU-8 nationals that national measures applied shall not be more restrictive than those prevailing on the date of signature of the Treaty of Accession in April 2003. In

⁷³ So for instance for Poland: "The EU stresses the strong elements of differentiation and flexibility in the arrangement for the free movement of workers. Member States shall endeavour to grant increased labour market access to Polish nationals under national law, with a view to speeding up the approximation to the *acquis*. As a consequence, the employment opportunities in the EU for Polish nationals should improve substantially upon Poland's accession. Moreover, the EU Member States will make best use of the proposed arrangement to move as quickly as possible to the full application of the *acquis* in the area of free movement of workers.

⁷⁴ On this see: K. Inglis, *Treading the tightrope between flexibility and legal certainty: The temporary derogations from the *acquis* on the freedom of movement of workers and safeguard measures under the Accession Treaty*, Conference Paper 2004.

⁷⁵ See further: ECJ, Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193; ECJ, Case C-413/99 *Baumbast* [2002] ECR I-7091; M. Dougan, *A Spectre is Haunting Europe... Free Movement of Persons and the Eastern Enlargement*, in C. Hillion, *EU Enlargement* (2004), pp. 114.

⁷⁶ The Social Security (Habitual Residence) Amendment Regulation 2004, Note from the Social Advisory Committee, 23.3.2004, www.ssac.org.uk.

⁷⁷ Social Welfare (Miscellaneous Provisions) Act 2004.

addition, Member States are allowed to deviate from Article 39 EC in regard to access to the labour market and from Articles 1 to 6 Regulation 1618/68 (excluding the remainder of the Articles and including also Article 7 of this Regulation which regulates the non-discrimination of workers in regard to social benefits). According to Article 12 EC EU-8 have a right to non-discrimination, Article 7 of the Regulation 1618/68 emphasises this for workers and work-related benefits. In conclusion, Member States can require from EU citizens, independent of their workers' status that they have sufficient financial resources. But they are not allowed to discriminate between EU citizens in regard to their social benefits and taxation relating to their employment.

These derogations are all more dubious when considered by a comparison to the legal status of third-country nationals. For instance, it is not clear which consequences the standstill clause in combination with Community preference (paragraph 14 of the country annexes) has with regard to family members of the worker from the new EU-8 Member States. In comparison to the Europe Agreement, a stricter exception is included in the second paragraph of the 8 CEEC country annexes, so that CEEC nationals legally working in an existing Member State have access to the labour market of that Member State provided this individual was admitted to the labour market on the date of accession for an uninterrupted period of twelve months and was legally working there. Their family dependants have according to paragraph 8, different rights depending on whether they were already residing with the worker in a EU-15 Member State on the date of accession. However, when they entered this Member State after accession, they only have access to the labour market once they have been resident for eighteen months. Under the Europe Agreements, the relevant provisions on movement of workers and freedom of establishment have been interpreted in the case law of the ECJ in such a way as to include a directly effective right, giving a corollary right of entry and residency once the individual has become legally established or resident in one of the Member States.⁷⁸ According to Article 37 of the Polish Europe Agreement family members have access to the labour market when they are legally resident. This might run counter to paragraph 14, which includes the mentioned standstill clause and Community preference. It guarantees no worse conditions after accession and EU-8 workers get preference over third-country nationals. However, it is not obvious how the Accession Treaty relates to the previously applicable Europe Agreements. In addition, the standstill clause applies to national measures but it remains disputable as to how it relates to the status achieved under Community law which includes association agreements concluded by the European Union and its Member States. A direct reference to the Europe Agreement is missing which might restrict the application of the standstill clause only to national

⁷⁸ See for the right of establishment: ECJ, Case C-63/99 *Gloszczuk* [2001] ECR I-6369; ECJ, Case C-235/99 *Kondova* [2001] ECR I-6427, on workers: ECJ, Case C-162/00 *Pokrzeptowicz-Meyer* [2002] ECR I-1049; ECJ, *Case Deutscher Handballbund v. Kolpak* [2003] ECR I-4135.

measures.⁷⁹ However, it can be considered problematic when the CEEC workers receive a better treatment than nationals from Bulgaria and Romania but their family members are treated worse after enlargement.

Another discriminating differentiation can be detected when comparing the legal status of workers from the EEA and Switzerland with the EU-8 citizens. Icelandic, Liechtenstein, Norwegian and Swiss citizens, while not being EU citizens but EEA and EFTA nationals will enjoy better labour market access for the upcoming years and consequently better treatment than EU citizens from new Member States. The EEA Agreement extends the four freedoms to EEA citizens. With enlargement, this agreement has been extended with the EEA Enlargement Agreement. However, in favour of the EEA countries, the transitional arrangement and safeguard measures will also apply. According to Article 3 of the EEA Enlargement Agreement, the Act of Accession is incorporated into the EEA Agreement.⁸⁰

As concerns the Swiss-EU relations and due to the non-participation of Switzerland in the EEA, bilateral relations between the EU and Switzerland have, since 1999, been based on seven sectoral agreements. One of the Swiss Sectoral Agreements which came into force in 2002 concerns the free movement of persons for Swiss and EU citizens.⁸¹ In contrast to the EEA Agreement, the *acquis* is not automatically extended but the Swiss labour market will open gradually over twelve years, after seven years of which the Swiss will make use of a referendum to ask their population whether to continue with this sectoral agreement for an indefinite time period. From the moment when referendum results become effective, EU citizens lawfully resident in Switzerland have a right to nondiscriminatory treatment (Article 2 of the sectoral agreement), after two years the priority given to Swiss nationals will be abolished and after five years the quota for Community workers shall be abolished. Thus, it will take 12 years to accomplish complete free movement.⁸² In the first half of 2004, the EU negotiated with Switzerland to extend this agreement to the acceding states. While the EU insisted at the beginning of the negotiations on the same treatment of current and incoming EU citizens by the Swiss government, Switzerland referred to the announcement of current Member States to keep current national measures which would have meant that Switzerland would have possibly opened its labour market earlier than the EU-15. Switzerland and the EU have agreed consequently that Switzerland may keep a seven year transitional year

⁷⁹ See for the argument that these principles apply to the Europe Agreement: P. Tschäpe, *Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und zum Grundstücksverkehr im Rahmen der Osterweiterung* (2004, forthcoming); doubting: K. Inglis, *Treading the tightrope between flexibility and legal certainty. The temporary derogations from the *acquis* on the free movement of workers and safeguard measures under the Accession Treaty*, Conference Paper 2004.

⁸⁰ See the agreement on <http://secretariat.efta.int>.

⁸¹ See S. Breitenmoser, *Sectoral Agreements between the EC and Switzerland: Content and Context*, *CMLRev* 2003, p. 1137.

⁸² In case of serious economic or social difficulties, a Joint Committee shall examine appropriate measures to remedy the situation, see Art. 14 para.2 Swiss Sectoral Agreement.

period until 30 April 2011 with quota system and they are allowed to differentiate between EU-15 Member States' citizens, who will get full access to the Swiss labour market by 2007, and EU-8 citizens, whose access will be restricted until 2011.⁸³ Independently of this obvious discrimination between EU citizens externally,⁸⁴ legal uncertainties arise from the question of whether this agreement and arrangement will provisionally apply as of 1 May 2004 or only from the moment it takes effect following the anticipated Swiss referendum.⁸⁵

Hence, the differentiation among the current and new CEEC Member States becomes evident when the latter's rights are compared with those afforded to third country citizens. While the citizens from the acceding CEECs are full EU citizens, their rights as workers are clearly restricted and this restriction is extended in relation to neighbouring third countries whose citizens fall under a special privileged legal status under EU law, on par with EU citizens. It is political problematic when non-EU citizens have more rights than EU citizens. In the case of Bulgaria and Romania which still fall under the Europe Agreement the situation of family dependants raises questions; in the case of two other acceding countries, Cyprus and Malta, whose citizens do not fall under any restriction, and; thirdly, privileged third-country nationals from Switzerland and the EEA countries are not restricted in their access to EU labour markets.

3.2.3. 2 Example: Movement of capital

While the opening up of the labour market was of major political concern for Germany and Austria, it became evident in the accession negotiations that the acquisition of capital in the candidate countries, especially in Poland and the Czech Republic, was of political concern and Poland sought a long transitional period for the full application of the *acquis* in this area.⁸⁶ The European Union offered to the applicant countries a five-year transitional period for the acquisition of secondary residences and a seven-year transition period for the acquisition of agricultural and forestry land, excluding self-employed farmers.⁸⁷ In the end, the new Member States achieved very diverse transitional arrangements, differentiating between secondary residences and the acquisition of agricultural land and forests. Slovenia is an exception which opens its market in this area directly, however can impose the general safeguard measure according Article 37 Act of Accession under exceptional

⁸³ In addition, a general safeguard clause until 2014 is applicable, see generally: Neuerungen beim freien Personenverkehr Schweiz – EU ab 1.Juni 2004, Medienmitteilung Staatssekretariat für Wirtschaft.

⁸⁴ It is disputable whether this form of discrimination is under EC law relevant and comparable with reverse discrimination.

⁸⁵ This is expected in mid-2005.

⁸⁶ The obvious major fear in these two countries was that German and Austrians would buy in great numbers houses and property in the respective countries which would result in a "sell-out" of Poland and the Czech Republic.

⁸⁷ S. Peers, *Free Movement of Capital*, p. 547, in Ott and Inglis (eds.), op. cit; P. Tschäpe, *Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und zum Grundstücksverkehr im Rahmen der Osterweiterung* (2004, forthcoming).

circumstances.⁸⁸ The Czech Republic may for five years from the date of accession maintain its national law restricting the acquisition of secondary residences by nationals of the old Member States and by companies formed in accordance with the laws of another Member State. For the acquisition of land and other agricultural property, the existing national regulations may be maintained for seven years. In the case of Poland, a restriction of five years is foreseen for the acquisition of secondary residences by nationals and companies from the current Member States and for the acquisition of agricultural property this is extended to twelve years. Hungary keeps a five-year derogation for secondary residences and for agricultural land this is extended to seven years.

This restriction is only exempted for EU and EEA nationals who have already legally resided in Poland for four years. In the case of the Czech Republic, self-employed farmers from current Member States who wish to establish themselves and reside in the Czech Republic, are exempted. A general review of these transitional measures shall be held in the third year following the date of accession and the Commission will submit a report to the Council.⁸⁹ Again, this time-period can be extended when there is a serious disturbance or threat of a serious disturbance to the agricultural market of the new Member States.

3.3. Safeguard clauses

3.3.1. General safeguard clause in Article 37 of the Act of Accession

Article 37 contains a general safeguard clause, known from previous enlargements, and which was modelled after the former general safeguard clause of the EC Treaty (Art. 226 which was deleted from Amsterdam Treaty). However, compared to the safeguard clause included in the Act of Accession of Austria, Finland and Sweden (Art. 152 for instance),⁹⁰ which was restricted in its application to one year after the date of accession, Article 37 of the current Act of Accession is applicable for a period of up to three years after accession.⁹¹

According to this, new and current Member State may apply to the Commission to take protective measures in the case of difficulties arising which are serious and liable to persist in any sector of the economy or which could bring about serious deterioration in the economic situation of a given area. The Commission then determines the necessary protective measures which may lead to derogations from

⁸⁸ See Peers, note supra. Malta as a very small country succeeded in getting – pursuant to the Danish Protocol - a comparable deal on the acquisition of secondary residences in Malta.

⁸⁹ In contrast to the Polish regulation, the Czech provision foresees that this time-period can be extended when there is a serious disturbance or threat of a serious disturbance on the agricultural market of the Czech Republic.

⁹⁰ On previous safeguard clauses such as Article 135 in 1972, Article 139 in 1979, Article 379 in 1985 Accession Treaties: A. Lopian, *Übergangsrégime für Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften* (1994), pp. 94.

⁹¹ Therefore possibly extending to May 2007.

the rules of the EC Treaty and from the Act of Accession as far as it is necessary and proportional.⁹²

3.3.2. Safeguard clauses regarding internal market, sectoral policies, criminal and civil matters, Articles 38 and 39 Act of Accession

These two safeguard clauses extend new wide-reaching monitoring functions to the Commission. Such clauses have not been included in previous Acts of Accession.⁹³ Firstly, Article 38 applies in the event of a failure by new Member States to implement commitments undertaken in the accession negotiations which cause a serious breach or an imminent risk of a breach in the functioning of the internal market, including any commitments in all sectoral policies which concern economic activities with cross-border effect. They may be applied for a period of at least three years but with no clear end in sight as they can be applied as long as the relevant commitment has not been fulfilled. This commitment entails any commitment of the core part of the European Union *acquis*.⁹⁴

Article 39 includes a safeguard clause on relevant commitments undertaken regarding the Justice and Home Affairs *acquis*, namely all measures relating to mutual recognition regarding the area of criminal law under Title VI of the EU Treaty and directives and regulations relating to mutual recognition in civil matters under Title IV of the EC Treaty.⁹⁵ While the conditions laid down in Article 39 could be justified by equal treatment, when the situation in the current Member States is

⁹² “Priority shall be given to such measures as will least disturb the functioning of the common market.”

⁹³ See also: F. Bigami, *The Challenge of Cooperative Regulatory Relations after Enlargement*, Conference Paper, Columbia University, April 2003, p.22 and K. Inglis, *The Accession Treaties and Transitional Arrangements: A twilight zone for the new Member States*, in Hillion, *op. cit.*

⁹⁴ Article 38: If a new Member State has failed to implement commitments undertaken in the context of the accession negotiations, causing a serious breach of the functioning of the internal market, including any commitments in all sectoral policies which concern economic activities with cross-border effect, or an imminent risk of such breach the Commission may, until the end of a period of up to three years after the date of entry into force of this Act, upon motivated request of a Member State or on its own initiative, take appropriate measures. Measures shall be proportional and priority shall be given to measures, which disturb least the functioning of the internal market and, where appropriate, to the application of the existing sectoral safeguard mechanisms. Such safeguard measures shall not be invoked as a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States. The safeguard clause may be invoked even before accession on the basis of the monitoring findings and enter into force as of the date of accession. The measures shall be maintained no longer than strictly necessary, and, in any case, will be lifted when the relevant commitment is implemented. They may however be applied beyond the period specified in the first paragraph as long as the relevant commitments have not been fulfilled. In response to progress made by the new Member State concerned in fulfilling its commitments, the Commission may adapt the measures as appropriate. The Commission will inform the Council in good time before revoking safeguard measures, and it will take duly into account any observations of the Council in this respect.

⁹⁵ Article 39: If there are serious shortcomings or any imminent risks of such shortcomings in the transposition, state of implementation, or the application of the framework decisions or any other relevant commitments, instruments of cooperation and decisions relating to mutual recognition in the area of criminal law under Title VI of the EU Treaty and Directives and Regulations relating to

kept in mind where their respective mutual trust of each other in these areas is limited, the conditions established in Article 38 manifest a substantial post-accession process of monitoring and compliance control. These safeguard clauses extend pre-accession conditionality which was previously only applied by the European Union and current Member States according to the Accession Partnerships and its Article 4 of Regulation 622/98⁹⁶ into the post-accession phase and in a legally binding form. They also give the Commission a new compliance enforcement tool, which extends beyond the existing infringement procedure according to Articles 226 and 228 EC towards the EU-15.

In practice, even before accession the Commission had already threatened to use safeguard measures against Poland, if Poland failed to meet its commitments and would not speed up the meeting of its accession commitments.⁹⁷ According to warning letters sent out by the Commission on 11 March 2003, Poland was singled out as the biggest offender, with deficiencies noted in nine areas of EU law, including the internal market rules, competition rules, audio-visual policy, customs union and financial control.⁹⁸ The strict approach by the Commission towards deficiencies in the implementation is emphasised in the Comprehensive Monitoring Reports by the Commission on the state of preparedness of the incoming Member States which were published in November 2003.⁹⁹ Especially the internal market safeguard clause, designed to monitor candidate countries, is problematic in relation to the record of implementation of the internal market *acquis* by the old Member States, the EU-15.¹⁰⁰

mutual recognition in civil matters under Title IV of the EC Treaty in a new Member State, the Commission may, until the end of a period of up to three years after the date of entry into force of this Act, upon motivated request of a Member State or on its own initiative and after consulting the Member States, take appropriate measures and specify the conditions and modalities under which these measures are put into effect. These measures may take the form of temporary suspension of the application of relevant provisions and decisions in the relations between a new Member State and any other Member State or Member States, without prejudice to the continuation of close judicial cooperation. The safeguard clause may be invoked even before accession on the basis of the monitoring findings and enter into force as of the date of accession. The measures shall be maintained no longer than strictly necessary, and, in any case, will be lifted when the shortcomings are remedied. They may however be applied beyond the period specified in the first paragraph as long as these shortcomings persist. In response to progress made by the new Member State concerned in rectifying the identified shortcomings, the Commission may adapt the measures as appropriate after consulting the Member States. The Commission will inform the Council in good time before revoking safeguard measures, and it will take duly into account any observations of the Council in this respect.

⁹⁶ According to which the Council may take appropriate steps with regard to any pre-accession assistance towards a candidate which failed in respect to certain essential elements the European Union; see K. Inglis, *Enlargement*, p. 110, in Ott and Inglis (eds.), *op. cit.*

⁹⁷ On this see: E. Landaburu from the DG Enlargement on 29 April 2003 in a joint committee of the Polish and European Parliament in Warsaw. See further: K. Inglis, *The Union's fifth accession treaty: new means to enlargement*, CMLRev 2004, pp. 20-22.

⁹⁸ Commission threatens Poland with safeguard measures, 30.4.2003, www.euractiv.com

⁹⁹ See http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/index.htm :

¹⁰⁰ See on this: the Internal Market Scoreboard from July 2004, singling out the founding members France and Germany, next to Greece, as the biggest offenders of the Internal Market *acquis*, *Internal Market Scoreboard*, DG Internal Market, July 2004, No. 13.

In addition, uncertainties arise when failed commitments can trigger the countermeasures and what appropriate measures are in reaction to serious breaches. In a Joint Declaration by the Czech Republic, Estonia, Lithuania, Poland, Slovenia and the Slovak Republic on Article 38 of the Act of Accession annexed to the Final Act of the Accession Treaty, these countries declared that the implementation failures relate only to obligations arising from the Treaties.¹⁰¹ This interpretation is, however, on the one hand not binding because it is not mutual, on the other hand it is disputable in the light of drafting of this safeguard clause. The Commission and the EU-15 Member States wanted to include special monitoring on the capacity to apply the *acquis communautaire*. This administrative capacity is known as the Madrid criterion which supplements the Copenhagen criteria and emphasises the capacity of institution-building.¹⁰² Additionally, the character of appropriate measures to counter these deficiencies, is not specified, only that it has to be proportional and shall not lead to arbitrary discriminations. No parallels can be drawn between the safeguard clause and Article 7 EU, which restricts certain rights of Member States when violating the fundamental principles of the European Union specified in Article 6 EU. Instead, this safeguard must be seen in the light of the infringement procedure of Articles 226 and 228 EC and can only result in comparable remedies. According to Article 228 EC the remedies include an obligation to act or to stop infringements.

3.3.3. Safeguard clauses in the Accession Treaties with Bulgaria and Romania

A new safeguard clause will be included into the accession treaties with Bulgaria and Romania which can postpone accession for another year when the Commission's monitoring reports detect clear evidence that the state of preparation for adoption and implementation of the *acquis* involves a serious risk that those states will be unprepared to meet the requirements of membership. Then the Council will act unanimously on the basis of a Commission recommendation.¹⁰³ This safeguard clause creates a new tool of conditionality which is especially directed at the potential Turkish perspective for accession and strengthens the existing

¹⁰¹ "The Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Lithuania, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic understand that the notion 'has failed to implement commitments undertaken in the context of the accession negotiations' only covers the obligations that are arising from the original Treaties applicable to the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Lithuania, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic, under the conditions laid down in the Act of Accession, and the obligations defined in this Act. Therefore the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Lithuania, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic understand that the Commission will consider application of Article 38 only in cases of alleged violations of the obligations referred to in the preceding paragraph."

¹⁰² See on this: P. Nicolaidis, Preparing for Accession to the European Union: How to Establish Capacity to Effective and Credible Application of EU Rules, pp. 43, in M. Cremona (ed.) *The Enlargement of the European Union* (2003).

¹⁰³ According to the Commission, this is considered as a "nuclear deterrence button", "Bulgaria, Romania face safeguard from Commission", 17.6.2004, www.euractiv.com.

monitoring rights of the Commission by a new form of a legally binding clause previously unknown in the Community law.

3.4. Transitional regime

The transitional regimes that apply to the new Member States are mentioned in Article 41 for agriculture and Article 42 for Community veterinary and phytosanitary rules. According to Article 41 the Commission can adopt measures when necessary to facilitate the transition from the existing regime in the new Member States to the common agricultural policy. Again the time period extends at least for three years and can be extended by the Council acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament.

3.5. Conclusions: Flexible but complex legal situation

This aforementioned differentiation in the current Accession Treaty tries to accommodate the political and economic needs of the EU-15 and the incoming Member States. Therefore the Member States make use of flexible tools such as transitional arrangements and the safeguard clauses which opt out a core part of the internal market *acquis* but find their limits in EU general principles of EU citizenship, non-discrimination and standstill clause. This flexibility results in legal complexity and uncertainties in interpretation which threaten the uniform application of EU law by the courts. In addition, the case law on EU citizenship has progressed¹⁰⁴ and new changes are expected with a new Directive on Free Movement¹⁰⁵ and the Draft Constitution with a binding human rights charter. It finally provokes the question on what limits for these developments can be found in the EU law.

¹⁰⁴ On the case law: ECJ, Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193; ECJ, Case C-413/99 *Baumbast and R* [2002] ECR I-7091

¹⁰⁵ Directive 2004/38/EC OJ 2004 L 229/35 to come into force on 1.5.2006.

4. Creating differentiation through the EU Constitution

Constitutional flexibility defines all primary law clauses which enable further structures of differentiated integration through the existing Treaty mechanisms within the Treaty system. These forms have developed in previous well known examples outside the EU and EC Treaties. Other examples of Treaty flexibility which have been included in the EU and EC Treaties are specific enabling clauses for flexibility which can be found in Article 7 EU, Article 15 EC and Article 95 (4) EC.¹⁰⁶ Article 95 (4) EC allows Member States to keep stricter national measures for reasons of health, showing that these specific enabling clauses have to be seen in the light of the changing concept of the Commission, the shift from total harmonisation to minimum harmonisation which is also reflected in the provisions on environment (Art.176 EC), consumer protection (Art.153(5) EC) and social policy (Art.137 (5) EC). Thus, it enables Member States to differentiate in their legislation for justified reasons of health, consumer protection and social policy.¹⁰⁷

4.1. Introduction of a general enabling clause

The topic of differentiation was brought to the forefront again with enlargement. The original six Member States expressed in the IGC 1996 the need for constitutionally legitimised version in the form of a general enabling clause.¹⁰⁸ Flexibility was finally constitutionalised by the Amsterdam Treaty in the form of closer co-operation.¹⁰⁹ Twenty years before, it was carefully avoided in official texts, and this is recorded by the constitutional drafts of the European Parliament. In the text of a draft constitution commissioned by the European Parliament in 1984 a general instrument of differentiation had not yet been described (see Spinelli proposal).¹¹⁰ Ten years later, however, the Herman proposal to the European Parliament introduced, in its Article 46, a constitutional flexibility clause: “Member States which so desire may adopt among themselves provisions enabling them to advance further and more quickly toward European integration, provided that process remains open at all times to any Member State wishing to join it and that the

¹⁰⁶ The last two have been introduced by the SEA.

¹⁰⁷ On this see: Vos, *op. cit.*, pp. 145-179.

¹⁰⁸ B. P.G. Smith, *Constitution building in the European Union*, p. 110 (2002).

¹⁰⁹ See Intergovernmental Conference Briefing No. 4 Differentiated Integration 19 March 1997, http://www.europarl.eu.int/igc1996/fiches/fiche4_en.htm.

¹¹⁰ OJ 1984 C/27.

provisions adopted remain compatible with the objectives of the Union and the principles of the Constitution".¹¹¹

This watershed in the opinion of an integration-minded body such as the European Parliament was caused by the background of events that took place between 1984 and 1995, on occasions simultaneously. The internal reforms and evolutions were changing the European Community into a three pillar Union with the completion of the Internal Market. New challenges also appeared with the establishment of the Economic and Monetary Union and in the wider concept of common foreign and security policy and common borders with political difficulties arising in Denmark, UK, France and Germany.¹¹² At the same time, externally, the Community widened with Spain and Portugal in 1986 and Austria, Finland and Sweden in 1995 and embarked on its fifth enlargement with eight Central and Eastern European countries, Malta and Cyprus. The general project of preparing for this third accession started with the Intergovernmental Conference in 1996. In light of the importance of the enlargement process and the awareness of all the actors in regard to the problems connected with enlargement, the achievements and amendments between 1997 and 2000 have been disappointing and insufficient.¹¹³ However, one change that was achieved was the introduction of the enabling clause into the EC and EU Treaty, which has been extensively discussed by the IGC in 1996.¹¹⁴

4.2. The Amsterdam version of closer co-operation

The Amsterdam Treaty introduced in 1997, through Articles 40 to 45 of the EU Treaty, firstly, a constitutional legitimised version of closer co-operation; secondly, an enabling clause in its third pillar and; thirdly, Article 11 EC into the Community pillar. The original idea of a general clause on flexibility paved the way for specific provisions in the different pillars, even though Articles 43 and 44 EU Treaty must be read in conjunction with Article 11 EC Treaty for measures in the first pillar. Simply by reference to the wording, the complexity of a justified use of closer co-operation becomes obvious. The provisions were characterised by a strange mix of procedural and material norms with overlapping scopes of application. It is obvious from its wording that closer co-operation has to have a positive effect, but concrete details remain unclear. The provisions on closer co-operation were definitely not the best example of legal drafting, not only in that they clearly overlap one another, are partly redundant or at worst unclear, but also their wording complicates their application and the drafters were not able to separate procedural from substantial requirements. They also accumulated general clauses such as "important and stated reasons of national policy" and "a last resort" which require a broader interpretation of political and not legal dimension.

¹¹¹ OJ 1994 C 61/155.

¹¹² On this see: S. Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, (2002), p. 31.

¹¹³ I. Pernice, *Institutional Settlement for an Enlarged European Union*, April 2003, *Walter-Hallstein-Institut-Paper* 5/03.

¹¹⁴ See: Tuyschaever, *op. cit.*, pp. 33.

Therefore this instrument has as yet not been used and critics remained sceptical due to requirements, for example, that majority of Member States needed to participate and a form of Luxembourg compromise was required which blocked its application when an opposing, non-participating member invoked important and stated reasons of national policy. It is also illustrative that the first draft articles set up by the Irish Presidency during the IGC 1996 on flexibility included a modest list of closer integration: education, vocational training, youth, culture, public health, tourism, energy, civil protection, trans-European networks, industry, research and technology, development of co-operation and the fight against social exclusion.¹¹⁵ Most of these areas already give examples of successful closer co-operation schemes among Member States, and understandably it would not be wise to include these areas under the much stricter and intransparent institutional and procedural requirements of the general enabling clause.

4.3. The Nice and Draft Constitution amendments of enhanced co-operation

With the enactment of the Treaty of Nice on 1 February 2003 closer co-operation has been renamed as enhanced co-operation and extended to foreign policy (excluding, however, matters having military or defence implications).¹¹⁶ Furthermore, without major resistance from the smaller Member States and with the emergence of interesting new alliances among Member States,¹¹⁷ some changes to the flexibility clause in the Treaties could be introduced. These changes improved clarity in the application of the provisions.

With the amendment of Article 40 EU, enhanced co-operation is given a clearer objective definition and the Luxembourg compromise restriction has been eliminated in the first pillar as well as in the third pillar. The minimum number of participating Member States has also been lowered to eight, equalling the majority of the current Union of Fifteen. Secondly, the individual criteria mentioned in Article 11 EC have been integrated into the general provision of Article 43 EU to avoid the repetition of criteria in different pillars. In this respect Article 43 (a) has been amended to reinforce the process of integration. Criterion (c) has been changed in that only last resort requirement has been deleted in exchange for the former (e) requirement referring to the *acquis communautaire*. However, this requirement has been reformed, in that it has been watered down by no longer stating “affect” being replaced with “respect”. In comparison, the Treaty provision no longer speaks about *not affect competences, rights, obligations and interests of the non-participating member states*. Instead the recognition of these rights, competences

¹¹⁵ Tuytschaever, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁶ See: the proposals by Germany and Italy, CONFER 4783/00, Belgium, CONFER 4765/00, and Spain, CONFER 4760/00 in the pipeline. General reservations were expressed by the UK, Sweden and Denmark.

¹¹⁷ So have been the Benelux countries which in the IGC 1996 were supportive of the introduction of a clause but very reluctant to liberalise the application criteria. Contrariwise to these countries, Spain turned out to support an extension to the second pillar.

and obligations is mentioned in (h). The new amendments within Article 43 EU lead to an inclusion of a criterion according to which areas of enhanced co-operation cannot fall within the exclusive competence of the Community (criterion (d)). New amendments can also be found in (e) and (f).¹¹⁸

In general, the procedural requirements have been made more transparent, separating them from the substantial ones in Article 40a EU. The position of the Commission has also been slightly improved in the third pillar (Article 40a paragraph 1), Member States must address requests to the Commission, which in turn will submit a proposal to the Council.¹¹⁹ Whether the position of the Parliament has been strengthened might, however, be disputed, when already the previous procedural provision is seen as giving the Parliament a consultation right. However, now it clearly spells out that the European Parliament has to be consulted (Article 40a paragraph 2).¹²⁰

In respect of the first pillar, it does strengthen the position of the European Parliament. In principle the Council may act on a majority of votes when assessing a proposal from the Commission after consultation with the European Parliament. However, when enhanced co-operation is used in an area that is covered by the co-decision procedure, the assent of the European Parliament is now required. But in respect to the legal review of measures undertaken, difficulties persist. Article 40 EU of the Amsterdam version stated, in paragraph 4, that Article 35 in respect of judicial protection applies, however limited to paragraphs Article 40 (1) to (3). This appears to clearly restrict the legal review to formal and procedural requirements for initiating closer or enhanced co-operation.¹²¹ This situation has also not changed as a result of the Nice amendments. The procedural requirements split up into a first phase of a basic decision for the authorisation and a second phase of concrete measures taken in the frame of a justified co-operation. It can be disputed which legal character this basic decision has, with consequences for its legal review and its hierarchy among other sources. In the legal literature, opinion has been represented that they form special secondary EU law¹²² or secondary EU law with a limited territorial application.¹²³ Other authors have differentiated between legislative acts taken in the first pillar and in the second or third pillar, such that legislative acts taken under Community law belong to

¹¹⁸ (e) Does not undermine the internal market as defined in Art. 14 (2) EC Treaty or economic and social cohesion, (f) does not constitute a barrier to or discrimination in trade between them. There has been also an amendment introduced by (i) that enhanced cooperation is not allowed to affect the provisions integrating the Schengen *acquis* into the European Union.

¹¹⁹ If the Commission does not act, Member States may submit an initiative to the Council nevertheless.

¹²⁰ As far as an area is covered by enhanced cooperation for which the procedure of Art. 251 EC Treaty applies, the assent of the EP is necessary.

¹²¹ See: Böse, Art. 40 EUV, para. 5, J. Schwarze (ed.), *EU Kommentar*.

¹²² Hatje, Article 11 EGV, para. 23, Schwarze (ed.), *op. cit.*

¹²³ Ruffert, Art. 43 para. 20, Calliess and Ruffert, *op. cit.*

¹²⁴ Becker, Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“, p. 53, in J. Schwarze/P.-C. Müller-Graff (ed.) *Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, Europarecht Beiheft 1/1998*.

secondary law and the others are categorised as international agreements.¹²⁴ In light of the provisions, the basic decision is to be considered secondary EU law. The implementing acts are special forms of EU secondary law, which are limited in their territorial scope and legal nature. However, collisions with secondary EU/EC law cannot be so easily resolved and only by referring to the general object and purpose of enhanced or closer co-operation, may their hierarchy be established.¹²⁵

Further changes are envisioned with the Draft Constitution in 2006. The Draft Constitution includes a general flexibility clause in Articles I-43 and Articles III-322 to III-328. They introduce changes to the structure of the existing Nice enabling clause. They include a separate form of structured co-operation for mutual defence¹²⁶ and enhanced cooperation in judicial cooperation in criminal matters (Art.III-171 (4)), strengthening the role of the Commission in CSFP and the European Parliament in general, and the provisions set the number of Member States required for enhanced co-operation at one-third of the current Member States. This would raise the threshold of participation, instead of the currently eight, in a Union of 25 to nine countries and extend in a Union of 30 to at least 10 Member States.¹²⁷

4.4. What happens to the general enabling clause after enlargement

Enlargement to the east with ten new Member States leads to a more diverse group that is already a heterogeneous group of countries in the existing European Union.¹²⁸ Whether it will lead to a more frequent use of all the flexibility instruments mentioned above remains to be seen; it especially raises doubts as to whether constitutional flexibility in the form of the general enabling clause will be used within or outside the EU-/EC Treaty in the future.¹²⁹

This prediction has several explanations, one is that even though the instrument of the enabling clause has been improved to make constitutional flexibility in future in the Union more feasible, its application still lacks clarity and depends more on political than legal interpretation. It has been correctly pointed out that all the successful forms of flexibility such as the EMU, the social protocol and Schengen would not have met the requirements of the current general enabling clause. An enabling clause applies more to single legislative acts than to policy areas,¹³⁰ even though some commentators identify social and tax harmonisation as “candidates.”¹³¹

¹²⁵ See: Hatje, Art. 11, paras. 24 and 25.

¹²⁶ Art. I-40 (6) in connection with Art. III-213.

¹²⁷ See further: M. Dougan, A Tidying-up exercise that needs some tidying up of its own, *The Federal Trust* August 2003, p. 12.

¹²⁸ Hatje in Schwarze, *op. cit.* Art.43 para. 2.

¹²⁹ For a sceptical view see: B. de Witte, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, pp. 209, in Cremona, *op. cit.*; W. Wessels, *Die Vertragsreformen von Nizza. Zur zukünftigen Handlungsfähigkeit einer 27er Union*, *Integration* 1/2001, pp. 8-25.

¹³⁰ C. Giering, *Die institutionellen Reformen von Nizza*, *op. cit.*, p. 131.

¹³¹ J.-V. Louis, *Differentiation and the EMU*, p. 61 in de Witte, Hanf and Vos.

In practice, concrete examples have been so far discussed in relation to the EURO-group, the statute on European company law and the European Arrest Warrant. In the literature it has been advocated to institutionalise the EURO-group by using closer or enhanced co-operation¹³² which resulted in the Commission's proposals in 2001 to formally strengthen the EURO group.¹³³ The Commission's proposal was far from clear as to whether it considered the general enabling clause as a legal basis for enhanced co-operation or an implementing measure according to Article 99(5) EC.¹³⁴ Both legal bases encounter legal difficulties in relation to enhanced co-operation. Firstly, that enhanced co-operation should not concern an area falling into the exclusive competence of the Community and, secondly, it would contradict the situation leading to the EMU with the UK clearly opposing an institutionalisation of the EURO group.¹³⁵

Aside from legal questions connected with enhanced co-operation, Member States prefer to achieve common agreements in sensitive areas of national sovereignty before resorting to the last resort of excluding other Member States by enhanced co-operation. This is particularly apparent in the case of the European Company Statute and the European Arrest Warrant. Spain was the only country objecting against a European Company Statute despite the Council's Legal Service arguing that the proposed cooperation would meet all the procedural and substantive requirements of the Treaty provisions.¹³⁶ In the case of the European Arrest Warrant, the European Parliament asked the Council to resort to enhanced co-operation in 2001 before Italy dropped its opposition and enabled all the Member States to adopt this measure.¹³⁷

Thus, enhanced co-operation is used more as a political instrument or bargaining tool to "convince" resistant Member States and achieve a consensus, without making use in practice of the last resort option of enhanced co-operation. The same applies to the extension of enhanced cooperation to aspects of the foreign and security policy.¹³⁸ An initiative by Germany, France, Belgium and Luxembourg to reactivate a common European defence policy is however clearly excepted from enhanced co-operation¹³⁹ and the initiative should be seen as the relaunch of

¹³² J.-V. Louis, *Differentiation and the EMU*, p. 62, in de Witte, Hanf and Vos, *op. cit.*; I. Pernice and F. Hoffmeister, *The Division of Economic Policy Powers*, pp. 376, in: A. von Bogdandy, P. Mavroidis and Y. Mény, *European Integration and International Coordination* (2002).

¹³³ COM (2001) 82 final, 7, paras. 19-21.

¹³⁴ On this see: Pernice and Hoffmeister, *op. cit.*, pp. 378.

¹³⁵ So do Pernice and Hoffmeister, p. 379 and Louis calling it necessary adaptation of the concrete clauses or Treaty revision, p. 62.

¹³⁶ See: J.M. de Areilza, *The Reform of Enhanced Cooperation Rules: Towards less flexibility?*, p. 33, in de Witte, Hanf and Vos, *op. cit.*

¹³⁷ J. Wouters and F. Naert, *The EU's Criminal Law Approach to Terrorism – What has been achieved so far?*, *Working Paper* 2001.

¹³⁸ See generally: T. Jaeger, *Enhanced cooperation in the Treaty of Nice and Flexibility in the Common Foreign and Security Policy*, *EFARev* 7(2002), pp. 297-316.

¹³⁹ However see: Art. I-40 Draft Constitution which envisions a special form of structured/closer cooperation in the area of mutual defence.

European defence activities among the Member States, which opposed military actions against Iraq without a UN mandate.¹⁴⁰

Seen from the perspective of the new Member States, their scepticism and ambivalence stands out.¹⁴¹ Fear of being relegated to second-class membership explains this. Apart from Poland, small new Member States share the mistrust of the current small Member States. It is generally seen by all these new Member States as a possible tool to make them into second class Member States, belonging not to the avant-garde circle but to the outer circle.¹⁴² The Polish government saw the changes introduced by the Nice Treaty in a positive light because its openness would be secured and any marginalisation of weaker Member States prevented. Poland foresees its active participation in an avant-garde group or centre of gravity.¹⁴³ Throughout, the Polish government has accepted the necessity of some sort of flexibility but has been more reluctant in voicing support for the changes agreed in Nice.¹⁴⁴ The Czech Republic shares similar concerns.¹⁴⁵ In general, new Member States see the general obligation of solidarity and coherence as being strained¹⁴⁶ or they are worried about how the principle of solidarity will be applied in an enlarged Union.¹⁴⁷ These concerns had already been raised by the Greek government against the Nice changes.¹⁴⁸ How far this principle of solidarity reaches and to what extent it might be compromised is discussed below.

As described above, the Draft Constitution brings further changes and amendments to the existing general enabling clause. While certain forms of flexibility are kept, the Draft Constitution tries to achieve more coherence and consistency by merging the Community pillar with the two intergovernmental pillars and by creating a single legal personality for the European Union. But a major

¹⁴⁰ See the special forms of cooperation introduced by the Draft Constitution in Art. I-40 paras. 6 and 7.

¹⁴¹ R. Trzaskowski, National Report Poland, p. 77, in *Positions of 10 Central and Eastern European Countries on EU Institutional Reform*, Université Catholique de Louvain, (June 2003).

¹⁴² R. Trzaskowski, From candidate to member state: Poland and the future of the EU, *Institute for Security Studies, Occasional Papers* no. 37 September 2002, p. 19; P. Krotovhil, National Report Czech Republic, p. 34, *Positions of 10 Central and Eastern European Countries on EU Institutional Reform*, *op. cit.*; M. Apostol, National Report Romania, p. 90, in *Positions of 10 Central and Eastern European Countries on EU Institutional Reform*, *op. cit.*

¹⁴³ R. Trzaskowski, From candidate to member state: Poland and the future of the EU, *Institute for Security Studies Occasional Papers*, p. 21.

¹⁴⁴ This is reflected in the Polish position on the IGC 2000.

¹⁴⁵ J. Kavan, Czech Republic joins an ever closer Union, Brussels, 19 March 2001.

¹⁴⁶ So did the Prime Minister of Romania Adrian Năstase, in a speech of 6 June 2002 at the European Policy Center, Brussels, Romania in the European Union and the Future of Europe, p. 2 and p. 4; without taking a position, the Slovenian representative D. Rupel, The Future of Europe - Debate, 3 July 2001, p 9.

¹⁴⁷ R. Martikonis, Deputy Minister of Foreign Affairs of the Republic of Lithuania, *Colloquium 'The Finalité of European Union: Ideas and Concepts of the Candidate Countries*, Centre for European Studies, Bonn, Germany, 16-17 November 2001, p. 5

¹⁴⁸ See: the Maltese law professor P. Xuereb, The Future of Europe: Solidarity and Constitutionalism. Towards a Solidarity Model, *EL Rev.* 2002, pp. 643.

change in the time-consuming ratification process, which would have been consistent with international law,¹⁴⁹ could not be achieved.¹⁵⁰ Nevertheless external coherence might not necessarily result in internal coherence as differences will continue to prevail between the pillars in their respective structure, decision-making and instruments. And the door is open to voluntary withdrawal from the European Union which includes a new, maximum, form of flexibility, namely to leave the European Union and establish another framework for relations between former members and current members.¹⁵¹ However the application of this novelty presupposes that this constitution will be ratified by all EU-25 Member States. In such Member States as France, United Kingdom, Ireland, Luxembourg, Denmark, Spain, Portugal and the Netherlands referenda are to be held¹⁵² which might delay or complicate the adoption of the new Constitutional Treaty and might result in new forms of differentiated co-operation among willing Member States¹⁵³ outside the Treaties.¹⁵⁴

¹⁴⁹ See further on this: De Witte, Entry into Force and Revision, in: de Witte (ed.) *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (2003), www.iue.it.

¹⁵⁰ Article IV-6 paragraph 4 stipulates that once this Constitution is constitutionally accepted by all Member States and when the constitutional amendments have been ratified by four-fifth, the matter is referred to the European Council. This might be a possibility to put these individual countries under political pressure.

¹⁵¹ Art. I-59 Draft Constitution.

¹⁵² In Germany even constitutional amendments required for holding a referendum are discussed but new Member States are expected to seek ratification through their parliaments; German law may need to be changed in order to hold a referendum on EU constitution", 30.8.2004, www.euractiv.com.

¹⁵³ See for the different scenarios: L. Rossi, 'What if the Constitutional Treaty is not ratified?', 6.7.2004, www.euractiv.com.

¹⁵⁴ The majority in the literature argue that despite a general enabling clause in the Treaties, co-operation among Member States under international law remains possible, see for instance: De Witte, Chameolonic Member States, pp. 238, in de Witte, Hanf and Vos; *op. cit.*; Hatje, Art. 44 EUV, para. 28 in Schwarze (ed), *EU-Kommentar*.

5. Widening and deepening: the constitutional framework of EU enlargement

The Accession Treaties, with their derogations from the *acquis* for political, economic and legal reasons, introduce new forms of differentiation between current and incoming Member States and this differentiating regime is also extended to countries closely associated to the EU such as Switzerland and the EEA. They create two different groups of Member States for parts of the internal market *acquis* for at least two years after accession, and for other forms of predetermined flexibility in forms of opt-outs on parts of the Schengen and *acquis* and the participation of the EMU for an indefinite time. In addition, the Amsterdam and Nice Treaties, introduced a new form of institutional enabling clause to differentiate among Member States (so-called enhanced co-operation, Article 11 EC Treaty with Article 40 to 45 EU).

Differentiation or flexibility exists in different forms in the current EU and EC law as highlighted above and they have received new impetus with the Accession Treaties. A European Union of 25 or 30 members is more diverse due to sheer numbers and dynamics initiated by Community and Union policy with the Treaty changes of Maastricht, Amsterdam and Nice. Consecutively, acknowledging more diversity among Member States, the current Members and the Commission have emphasized a minimum standard of consistent and efficient application of the *acquis communautaire* on which the special legal order, the constitutional legal order of the European Union, is built. The scope and definition of a minimum standard, consisting the constitutional and fundamental principles of EC and EU law, vary but include at least the elements of democracy, the rule of law, the principle of supremacy, direct effect of EC law, the protection of human rights and sincere co-operation among Member States. These principles also include obligations towards the EU citizen such as democracy, the protection of human rights and non-discrimination.

Regarding the Member States and rules governing their relations, the principles of coherence and unity of EU law,¹⁵⁵ the rule of law and democracy,¹⁵⁶ equality and solidarity¹⁵⁷ among Member States need to be mentioned. Leading commentators

¹⁵⁵ A. Hatje, *Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung*, pp. 7 and U. Becker, *Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“*, pp.29, both in: J. Schwarze and P-C. Müller-Graff (eds.), *Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung*, *Europarecht Beiheft* 1/1998.

¹⁵⁶ See for instance: ECJ, Case 294/83 *Les Verts* [1986] ECR 1339.

¹⁵⁷ On the principle of equality see: J. Wouters, *Constitutional :Limits of Differentiation: the Principle of Equality*, pp.301, in de Witte, Hanf and Vos, op. cit.

are divided as to whether these fundamental principles restrict changes introduced by an Accession Treaty, which is considered as EU primary law and international law. Neither Treaty nor ECJ clarify what legal status fundamental constitutional principles acquire in the constitutional legal order of the EU.¹⁵⁸ Some commentators believe that they influence the interpretation of primary law, but yet more hold the view that certain supra-constitutional principles exist which cannot be altered by an Accession Treaty.¹⁵⁹

This latter view is supported by several arguments.¹⁶⁰ First it becomes obvious from the Treaty provisions that the differentiation between Treaty amendment according to Article 48 EU Treaty and accession according to Article 49 EU has to be made. Changes to the Treaties which go beyond mere adjustments need to follow the amendment procedure.¹⁶¹ This is underlined by the case law of the ECJ on accession treaties.¹⁶² And the idea of minimum principles which remain unchanged within a constitutional system, such as the European Union, are reflected in national constitutions, such as the German one and the Maastricht decision by the German Bundesverfassungsgericht.¹⁶³

According to the eternity clause of the German constitution, the German constitution can only be amended under certain circumstances but with the exclusion of the basic principles laid down in Articles 1 and 20 of the German Constitution, which consist of the dignity of man, basic human rights and Germany as a social, federal and democratic state bound by the rule of law.¹⁶⁴ In this

¹⁵⁸ See: A. Ott, *Fundamental and Basic Principles of the EC and the EU*, p.15 in Ott and Inglis, *op. cit.*

¹⁵⁹ On supraconstitutional principles see: F. Snyder, *General Course on Constitutional Law of the European Union*, Academy of European Law (ed.) Volume VI, Book I, 1998, pp. 76; J.L. Cruz Vilaca and N. Picarra, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traits instituant les CE?*, CDE 1993, p. 29; J. Wouters, *Constitutional Limits of Differentiation: the Principle of Equality*, p. 326, in de Witte, Hanf and Vos, *op. cit.*

¹⁶⁰ In the literature also the EEA opinion is seen as an indication for this view: ECJ, *EEA* 1/91, [1991] ECR 6084. 161 See also Phinnemore, *op. cit.*, p. 5; Becker, *op. cit.*, p. 9; G. Nicolaysen, *Europarecht I* (2nd edn., 2002); contra: B. de Witte, *Rules of Change in International Law: How special is the European Community?*, *NYIL* 1994, p. 321; de Witte, *The Semi/Permanent Treaty Revision Process*, p. 51, in P. Beaumont, C. Lyons and N. Walker, *Convergence and Divergence in European Public Law* (2002); M. Pechstein and C.Koenig, *Die Europäische Union*, (2nd. edn, 1998), pp. 251-252.

¹⁶² See: Case 185/73 *Hauptzollamt Bielefeld v. OHG König* [1974] ECR, 607: “No Provision in the Treaty of Accession or in the Act accompanying can be construed as validating measures, whatever their form, which are incompatible with the Treaties establishing the Communities.”

¹⁶³ Maastricht decision: BVerfGE 89, 155, *CMLRev.*1994, p. 57.

¹⁶⁴ Article 79 (Amendment of the Basic Law; amended March 27, 1954). (1) The Basic law can be amended only by a law which expressly amends or supplements the text thereof. With respect to international treaties the subject of which is a peace settlement, the preparation of a peace settlement or the abolition of an occupation regime, or which are designed to serve the defence of the Federal Republic, it shall be sufficient, for the purpose of a clarifying interpretation to the effect that the provisions of the Basic Law are not contrary to the conclusion and entry into force of such treaties, to effect a supplementation of the Basic Law confined to this clarifying interpretation. (2) Such a law requires the affirmative vote of two thirds of the members of the Bundestag and two-thirds of the votes of the Bundesrat. (3) An amendment of this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, the participation in principle of the Länder in legislation, or the basic principles laid down in Articles 1 and 20, is inadmissible.

Maastricht decision, the German judges emphasized, on the one hand, the role of the Member States as masters of the treaties but also that minimum standards of democracy and human rights standards from the perspective of the German Constitutional Court are inviolable.¹⁶⁵ This point of view has to apply with diligence not only at the German level but also at the European level with its constitutional legal order parallel to the national legal orders. More difficult than establishing the existence of supraconstitutional principles is to define their precise content so as to set out potential infringements. Apart from the rule of law, all of these principles are closely connected with the principle of sincere co-operation enshrined in Article 10 EC Treaty and have close links with each other.

5.1. The Obligations of Coherence and Unity of Law

The obligation of coherence among Member States is explicitly mentioned in Article 1 EU. Coherence or consistency, as a guiding criteria for the Union's measures, is mentioned in further detail in Article 3 EU and Article 11 paragraph 2 for the CSFP.¹⁶⁶ Some authors have stressed a principle of unity of law (*Rechtseinheit*) which can be defined by the unified or consistent application of European Union law.¹⁶⁷ This is a general principle that is not explicitly defined or named in the Treaties but shines out through Article 2 EU ("maintaining in full the *acquis communautaire*") and is primarily an overarching principle of the judicial system of the EU. Even though Article 220 EC Treaty mentions only the interpretation and application of the Treaty, the uniform application of EU law becomes evident from the interpretation of the European Union as a special legal order and from the function of the supervision through the preliminary ruling system (Article 234 EC Treaty).

However, referring to the substantial list of various forms of differentiation applied among Member States and listed above, substantial limits to the unity or uniform application of EU law apply sanctioned by primary law and the Accession Treaties. In addition, this coherent application is especially relevant for the application of secondary law and cannot completely prevent differentiation agreed between Member States at the level of international law.

¹⁶⁵ The judgment resulted in constitutional changes with the changed Article 23 which renders Article 79 II and III applicable on the delegation of sovereign powers on the European Union.

¹⁶⁶ Other authors seem to use instead the term unity of law: U. Becker, *Jean Monnet Working Paper* 15/01, p.10.

¹⁶⁷ On this especially see: T. Oppermann, *Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union*, *Deutsche Verwaltungsblatt* 1994, p. 901; and further: A. Hatje, *Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung*, pp. 7; U. Becker, *Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“*, pp. 29, both in: J. Schwarze/P.-C. Müller-Graff (eds.), *Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung*, *Europarecht Beiheft* 1/1998.

5.2. The Principle of Solidarity and Equality of States

The principle of solidarity derives from the Treaty's wording of the Union's.. "task shall be to organise, in a manner demonstrating consistency and solidarity, relations between the Member States and between their peoples " (according to Article 1 subparagraph 3 EU)¹⁶⁸ and also finds its basis as an obligation among Member States (Article 10 EC).¹⁶⁹ Article 10 spells out the principle of co-operation that applies between the Community's institutions, between the Community and the Member States and between the Member States and the Community (sincere co-operation).

It is generally established that Article 10 EC imposes mutual duties of genuine co-operation and assistance.¹⁷⁰ This principle finds its special expression in the inclusion of cohesion in the Articles 158 to 162 EC and is generally reflected in Article 2 EC.¹⁷¹ Even though there are clear manifestations of this obligation, a clear definition as to what it entails and how far it reaches is more difficult to extract and has not as yet been specified by the Treaties or the Court.¹⁷²

Solidarity can be separated into solidarity among Member States and Member States towards its citizens and vice versa. However, in certain policy areas such a distinction cannot be made. Such distinction cannot be drawn in the goals of consumer policies, environment, health and social policies.¹⁷³ Specific references to solidarity can also be found in the provisions on structural funding and economic and social cohesion of Articles 158 to 162 EC, where the reduction of disparities in economic and social development is the policy aim.¹⁷⁴

There have been few judgments of relevance to interpreting solidarity in recent years. In comparison to subsidiarity, Community solidarity has kept a low profile.¹⁷⁵ However, both concepts have in common the fact that their definition remains difficult but also that they restrict each other.¹⁷⁶ In the 1970s the ECJ stated that, in

¹⁶⁸ Calliess, Art. 1, Calliess and Ruffert, *EU-Vertrag*, para.48, C. Stumpf, Art.1 EUV, para.46, Schwarze (ed.) *EUKommentar* (2000).

¹⁶⁹ This has been confirmed by the jurisdiction of the court as early as 1973: ECJ, Case 49/72 *Commission v. Italy* [1973] ECR 101; ECJ Joined cases 6 and 11/69 *Commission v. France* [1969] ECR 523.

¹⁷⁰ ECJ, Case 44/84 *Hurd v. Jones* [1986] ECR 29, especially in regard to solidarity: ECJ, Joined cases C-63/90 and C- 67/90 *Portugal and Spain v. Council* [1992] ECR I-5073.

¹⁷¹ See further: C. Calliess, Art.1 EU-Vertrag, C. Calliess and M. Ruffert, *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag* (1999), paras 44 to 49.

¹⁷² Stumpf, Artikel 1 EUV, para. 47, in Schwarze, *op. cit.*

¹⁷³ Stumpf, Artikel 1 EUV, in Schwarze, *op. cit.*

¹⁷⁴ This includes the fair financial transfer among Member States: see For the European Union, Peace, Freedom and Solidarity, Communication of the Commission on the institutional Architecture, COM (2002) 728 final, p.14.

¹⁷⁵ See: E. A. Marias, Solidarity as an Objective of the European Union and the European Community, *Legal Issues of European Integration* (1994/2), pp. 85 (at p. 85) and especially it becomes manifest when looking at the British EU law literature and the lack of consideration of solidarity.

¹⁷⁶ Calliess, Art. 1 EUV para. 49, in Calliess and Ruffert, *op. cit.*; C. Calliess, *Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union* (1996).

permitting Member States to profit from the advantages of the Community, the Treaty also imposes on them the obligation to respect its rules. For a state to break unilaterally or to profit from, according to its own conception of national interest, the equilibrium between advantages and obligations flowing from its adherence to the Community, would bring into question the equality of Member States.¹⁷⁷ The judges clarified that a failure in the duty of solidarity accepted by Member States strikes at the fundamental basis of the Community legal order.

The diversity of “solidarities” also becomes clear when analysing the Draft Constitution. Article I-2 clarifies that Member States’ values include a society of pluralism and, inter alia, solidarity, and further mentioned in Article I-3 (4). In Article I-5 the current Article 10 EC is mentioned as a principle of loyal co-operation. The novelty of a solidarity clause in Article I-42 applies if a Member State has fallen victim to a terrorist attack or a natural or man-made disaster. This gives the impression that essential aspects of solidarity found in the current EU and EC Treaty will be even less prominent and clearly drafted in a new Draft Constitution.

Even though solidarity as a concept remains fuzzy at its edges, it underpins the constitutional structure of the European Union which is not build on power politics but on equal treatment of Member States ensuring the support for a weaker Member State by regional policies and structural funding, and the achievement of common policies and goals in spite of the size and strength of the respective Member State. Therefore, it is clear that the principle is closely connected with the equality of Member States and finds its major manifestation in Article 10 EC Treaty.

The principle of equal treatment or non-discrimination is mainly used in the relationship between the individual and the EU but as a separate notion it is relevant in the relations among Member States. Again, the legal point of reference is the principle of sincere co-operation stipulated in Article 10 EC Treaty. However, one has to keep in mind that this principle has a clearer image. A general principle of equality of states and therefore Member States derives already from international law.¹⁷⁸ This equality of sovereign states is one of the major principles of international law and is reflected in the way the accession negotiations were conducted. The Member States were parties to the accession negotiations, deciding by unanimity in the bilateral intergovernmental “Conference for accession to the European Union” between the fifteen Member States and the specific candidate country and the accession treaties have been signed by Member States and an acceding country.¹⁷⁹ The ECJ has interpreted this principle in connection with the above mentioned solidarity principle when Member States were not completely implementing Community law or only

¹⁷⁷ ECJ Case 39-72 *Commission v. Italy* [1973] ECR 101; ECJ, Case 128/78 *Commission v. UK and Northern Ireland*, [1979] ECR 419 (para.12).

¹⁷⁸ See for instance, J. Wouters, *Constitutional Limits of Differentiation. The Principle of Equality*, pp. 301(at p. 319), in de Witte, Hanf and Vos (eds.), *op. cit.* He refers to Article 2 (1) of the Charter of the United Nations and the Helsinki Final Act.

¹⁷⁹ L. Maurer, *Negotiations in progress*, pp. 125, in Ott and Inglis (eds.), *op. cit.*

implementing it in respect of the parts of the *acquis* that were advantageous for them.¹⁸⁰

5.3. The Principles of Democracy and Rule of Law

Differentiation must also take account of the principles of democracy and the rule of law. It is significant that the control by parliament and the control by the Court of Justice is restricted in most of the forms of differentiation described above. Taking the Act of Accession as an example, judicial review is clearly restricted and the Acts of Accession and its Annexes have to be distinguished from measures taken on the basis of concrete provisions of the Act of Accession.¹⁸¹ It was declared by the Court in *Commission v. Greece* that the Accession Treaty constitutes primary law and any request to declare the Accession Treaty null and void is inadmissible, regardless of whether it is introduced by an individual under Article 230 (49 EC) or by a privileged claimant under Article 230 (1-3) EC.¹⁸² However, provisions of the Accession Treaty can give rise to preliminary rulings under Article 234 EC¹⁸³ and measures taken on the basis of safeguard clauses introduced by the Act of Accession can be put under scrutiny.

5.4. Analysis

It is difficult to draw conclusions on the above, even though these principles clearly form a part of the constitutional setting of EU law. Some of them remain indistinct in their details due to the lack of interpretive case law and the complexity of the forms of flexibility involved. Whether these principles are infringed, depends also on the concrete circumstances at hand. The extensive and diverse forms of predetermined differentiation introduced by the Act of Accession raise particular doubts. The current enlargement is special in that the new Member States, due to the constant evolution of the *acquis* until accession and beyond, are constantly approximating a moving target.¹⁸⁴ This is partially also recognised by Article 55 of the Act of Accession which allows the new Member States to request additional temporary derogations to be added to those agreed on *acquis* measures adopted between 1 November 2002 and 16 April 2003. In addition, accession conditions for new Member States have worsened over the course of time – as much in terms of increasing complexity. Transitional measures employed in the first accession round with the United Kingdom, Denmark and Ireland in 1973 served the economic interests of the acceding countries. In the following round, first Greece in 1981 and

¹⁸⁰ ECJ, Case 39/72 *Commission v. Italy* [1973] ECR 101; ECJ, Case 128/78 *Commission v. UK* [1979] ECR 419.

¹⁸¹ Hoffmeister, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸² ECJ, Joined Cases 194/85 and 241/85 *Commission v. Greece* [1988] ECR 1037.

¹⁸³ ECJ, Case C-355/97 *Landesgrundverkehrsreferent der Tiroler Landesregierung* [1999] ECR I-4977.

¹⁸⁴ Inglis, *The Accession Treaties and transitional arrangements: A twilight zone for the new Member States* in Hillion, *op. cit.*

then Spain and Portugal in 1986 the purpose of measures shifted more towards interests pursued by the old Member States.¹⁸⁵

On the other hand, one of the problems connected with comparing the different accessions is that they share few common elements and have evolved in different contexts. Southern enlargement, to a certain extent compares to the current enlargement in terms of economic and transitional situation of Greece, Spain and Portugal at the time of accession. However, the current accession process differs in substance and intensity. The EU *acquis* has been broadened by the completion of the Internal Market, the creation of the pillars and extension of competences of the European Union. The northern enlargement from 1995 has some parallels with the current enlargement. Sweden, Finland and Austria had been approximating to the EC *acquis* in EFTA for years before accession and later in the EEA from 1994 until accession in 1995.¹⁸⁶ The current accession process, however, takes place in a very different economic and political situation, leading to an extensive post-accession process with far-reaching derogations for the first three years (and potentially for longer) after accession and with a Commission installed with additional monitoring powers.

The role of Commission in the accession process is more central than in previous enlargements. The Commission wanted to limit transitional measures and divided then into those that would be acceptable in terms of impact on competition or the functioning of the Internal Market, the negotiable ones and the unacceptable ones. However, looking at the substance of the system of derogations, transitional arrangements and safeguard clauses imposed on the new Member States, major doubts arise as to whether minimum standards of fair and equal treatment are kept. Even more, the accession phase extends beyond accession and the new Member States are obliged to engage in a substantial system of monitoring and compliance control which is an addition to the forms of existing mechanisms for monitoring and compliance control towards current Member States. This is manifested by the fact that, first of all, the above mentioned derogations and arrangements are applicable for at least three years following accession and differential treatment is resulting from the application of these measures. Polish arrangements relating to health and production and marketing of meat, milk, fishery products basically prevent such Polish produce from being placed on the EC market and require that they bear special markings. At least in the first three years, the Commission may take measures against Polish products or might need to restrain Member States from taking protective measures. These additional and extra monitoring powers have to be seen in the light of the current Member States' poor record of application and implementation in parts of this *acquis*.¹⁸⁷

¹⁸⁵ See: U. Becker, EU-Enlargements and Limits to Amendments of the EC Treaty, *Jean Monnet Working Paper* 15/01, pp. 4-5.

¹⁸⁶ See on the interesting idea promoted in the 1990s to extend the EEA eastwards: S. Peers, An Ever Closer Waiting Room? The Case for Eastern European Accession to the European Economic Area, *CMLRev* 1995 p. 187; E. Evtimov, The Current Enlargement Process and Third Countries, p.156, in Ott and Inglis (eds.), *op. cit.*

¹⁸⁷ Inglis gives the concrete example of Directive 64/433/EEC on health conditions for the production and marketing of fresh meat produce. While meat produced at specified Polish establishments is excluded

Thus, the principles listed above are clearly strained, especially the principles of equality and solidarity. In addition, the role the Commission in the process of accession and how far the ECJ is prepared to further the role and the application of the different tools under scrutiny will be decisive.

from marketing in the EU, the Commission has had to bring France before the ECJ for refusing to comply with an FVO report requiring that it withdraw health approval for an abattoir that failed to meet the requirements of the same Directive, Inglis, in Hillion, *op. cit* with further examples of infringements.

6. The European Court of Justice and differentiation

With all the forms of differentiation discussed above the question arises how far they can be judicially reviewed. For the constitutional enabling clause, Article 40 paragraph 3 EU is relevant. It states that the provisions of the EC Treaty in regard to the powers of the ECJ are applicable to Article 40 EU and 40a and 40b. Article 46 EU only repeats what is already established by Article 40 EU. In consequence, the ECJ is able to check the procedural requirements of the correct application and establishment of enhanced co-operation. However, the extent to which the ECJ would check the political decision to resort to enhanced co-operation is doubtful: namely how far the preconditions of Article 43 EU are to be evaluated. On the another hand, concerning the Schengen *acquis*, the ECJ has no jurisdiction on measures or decisions relating the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security as emphasised by Article 35 paragraph 4.

Doubts also arise concerning the form of predetermined differentiation in the Accession Treaties. Since accession treaties belong to primary and international law, the ECJ has considered the modifications introduced by various acts of accession.¹⁸⁸ Whether these adjustments are also open to review by the ECJ is a different question.¹⁸⁹ The courts have sent, at the beginning, contradictory signals regarding the legal review of acts of accession. In the LAISA case, the European Court of Justice considered the act of accession. It denied legal review in this case, involving an act of annulment, on the grounds that the Act of Accession would not fall under the broad definition of an act binding and having legal effect.¹⁹⁰ This was further refined by the case *Republic of Austria v. Council* in 2003 so that the protocols and annexes to an act of accession constitute primary law which, unless that act provides otherwise, may not be suspended, amended or repealed otherwise than in accordance with the procedure established for review of the original Treaties.¹⁹¹ In another judgment the Court of First Instance analyzed the act of accession without any reservation¹⁹² and this finding was repeated in a number of judgments concerning such treaties and acts of accession in preliminary

¹⁸⁸ ECJ, Case C-171/96. *Rui Alberto Pereira Roque v His Excellency the Lieutenant Governor of Jersey*, [1998] ECR 4607.

¹⁸⁹ ECJ, Joined Cases 194/85 and 241/85 *Commission v. Greece* [1988] ECR 1037.

¹⁹⁰ ECJ, Cases 31 and 35/86 LAISA [1988] 2285 para.15. It has to be pointed out that the Advocate General in this case came to the opposite result with the reasoning that it results in a necessity to adjust secondary law, which becomes an immediate concern for the complainant, Opinion AG Lenz, *LAISA v. Council* [1988] ECR 2285.

¹⁹¹ ECJ, Case C-445/00 *Republic of Austria v. Council* [2003] nyr, para.62.

¹⁹² CoI, Case I-187/99, *Agrana Zucker und Stärke AG v. Commission* [2001] ECR II-1589.

rulings.¹⁹³ However, the act of accession and treaty of accession only came under legal review when a preliminary ruling was given on their scope¹⁹⁴ or whether the act of accession had been infringed or the court assessed secondary law which had been modified by the act of accession. These conditions have to be seen in context of the procedural law of the Community. According to Article 234 EC, subject-matter is, inter alia, the interpretation of the Treaty including the accession treaty¹⁹⁵ and the annulment procedure of Article 230 EC reviews the legality of acts¹⁹⁶ on the grounds of an infringement of this Treaty, including the Accession Treaties.¹⁹⁷ The ECJ came to the conclusion in the case *Peskeloglou* which involved the derogations of the Greek accession treaty on movement of workers that this exception to the *acquis* results in a strict and narrow interpretation.¹⁹⁸

When it comes to the concrete application of safeguard clauses, the judges have been more reluctant to interfere with the Commission's administrative powers in their application. Safeguard measures or the lack of measures, such as those found in Article 37 of the current Act of Accession, have been reviewed by the ECJ in the past. In the case *Piraiki-Patraiki*, the ECJ analysed a Commission decision authorising France to take protective measures with regard to importers of cotton yarn from Greece and the judges came to the conclusion that the Commission has a wide discretion in determining whether the conditions justifying the adoption of a protective measure are present.¹⁹⁹ In two other cases French companies held the Commission without success liable for not preventing the import of Greek potatoes.²⁰⁰ This case law does not by coincidence reflect the general tendency of the ECJ to restrain itself to scrutinise measures taken, which involve common policies and external relations aspects.²⁰¹ However, whether it can be upheld is disputable in the light of the extensive powers of the Commission in this accession process and in particular the new safeguard clauses which encompass vast amount of the *acquis*.

¹⁹³ ECJ, Cases C-30/00 *Hinton Ltd. v. Fazenda Publica* [2001] ECR I-7511; Case C-27/96 *Danisco Sugar* [1997] ECR I-6653, ECJ, Case C-3/87 *The Queen v. Ministry of Agriculture* [1989] ECR 4459.

¹⁹⁴ ECJ, Case C-233/97 *KappAhl Oy* [1998] ECR I-8069.

¹⁹⁵ Not that clear in K. Lenaerts and D.Arts, *Procedural Law of the European Union* (1999) p. 116 but see B.Wegener, Art.234 para.5 in Calliess and Ruffert, *op. cit.*

¹⁹⁶ This excludes primary law but includes all measures which intend to have legal effect.

¹⁹⁷ Lenaerts and Arts, *op. cit.*, p. 197.

¹⁹⁸ ECJ, Case 77/82 *Peskeloglou* [1983] ECR 1085.

¹⁹⁹ ECJ, Case SA *Piraiki-Patraiki and others v. Commission* [1985] ECR 207, in another case the Court characterised the conditions as precise in substance and procedure: ECJ, Case 258/81 *Metallurgiki Halyps v. Commission*, [1982] ECR 4261.

²⁰⁰ ECJ, Case 289/83 *GAARM v. Commission* [1984] ECR 4295, ECJ, Case 114783 *Société d'Initiatives et de Coopération Agricole and Société Interprofessionnelle des Producteurs et Expéditeurs de Fruits, Légumes, Bulbes et Fleurs d'Ille-et-Vilaine v. Commission* [1984] ECR 2589.

²⁰¹ See for instance, A. Ott, *Der EuGH und das WTO-Recht: Die Entdeckung der politischen Gegenseitigkeit – altes Phänomen oder neuer Ansatz?*, *Europarecht* 3/2003, pp.504; contra and expecting a strict scrutiny by the ECJ. F.Bigami, *The Challenge of Cooperative Regulatory Relations after Enlargement*; Conference Paper, Columbia University, April 2003, p. 33.

7. Conclusions: How much unity in diversity

What conclusions can be drawn for the application of differentiated integration after enlargement when comparing its different forms? On a political level, the discussion about a Constitution for Europe and the institutional proposals introduced during the Convention on the Future of Europe manoeuvres between more federal and more intergovernmental structures. Could this process lead the Union into a federation of European states which decides to give Europe a constitutional basis if Member States agree on further transfer of competences? The other option is the creation of a customs union *de luxe* of some 25 or 30 Member States in which broader policies can only be achieved by the enhanced co-operation of a few of them.²⁰² When analysing the current Draft Constitution, the Convention decided to clarify the current status quo with some new elements already discussed in previous intergovernmental conferences, such as the merging of the pillars and granting the European Union one single legal personality. Thus, a strange mix of both elements, confederate in some, intergovernmental in others, still coexists and therefore actions of simplification and giving the European Union clearer constitutional structures might entail two opposing elements: a more homogeneous yet a more flexible structure. A more homogeneous structure will result from the abolition of a complicated system of differentiations,²⁰³ entailing opt-outs and opt-ins and different scopes of application of the EU *acquis*. On the other hand, this rigidity may only work with a strong flexibility clause in order to cope with all eventualities, which might not fit into a constitutional “straitjacket”.²⁰⁴

Additionally and on a more concrete basis, the question arises as to whether enlargement will lead to greater flexibility through the use of the general enabling clause. This can be disputed for legal and political reasons outlined above.²⁰⁵ One decisive reason can be seen in the substantial differentiation established between the EU-15 and the EU-10 by the Accession Treaties. The acceding Member States have temporary derogations without concrete time limits from the application of various parts of the Schengen *acquis* and from the EMU *acquis*. In addition, potential derogations can apply in key areas relating to Internal Market *acquis*

²⁰² Bertelsmann Forschungsgruppe Politik Centrum für angewandte Politikforschung Universität München, *Das entgrenzte Europa*, p. 7.

²⁰³ At least this “illusion” is given when reading the Draft Constitution.

²⁰⁴ In this regard see the opening clause for voluntary retreat from the European Union and closer cooperation in defence matters.

²⁰⁵ However, judicial and administrative flexibility which leads to negative side effects could be seen in the new Member States even though these countries engaged in substantial pre-accession preparations involving constitutional matters and training of judges in EU law.

without concrete time limits set. There is also an abstract possibility to extend those derogations through a broad variety of safeguard clauses.²⁰⁶

Consequently, these differentiations among the incoming and current Member States lead to the question of whether this is still consistent with fundamental principles governing EU law and if it will therefore limit the possibility to differentiate among Member States. Such limiting principles can be seen in the obligations of consistency and unity of law, the principle of solidarity, equality among states and the principle of democracy and the rule of law. All of these principles are linked and underpin the constitutional structure of the European Union and the relations between Member States and towards Community institutions, which is reflected in Article 10 EC and in Article 1 EU.²⁰⁷

Accession conditions for new Member States have evolved and have become more demanding compared to previous enlargements due to evolution in EU law, the size of current enlargement process and the political and economic background of the new Member States. Additionally, the role of the Commission in the process following accession has been strengthened and new forms of safeguard measures have been introduced, which extend conditionality to the first years after accession. The future assessment of these measures depends on the role of the European Commission in the coming months and the next three years after accession. In addition, the role of the Court of Justice will require extension and the judges will need to assess more closely the concrete application of the modalities of accession set forth in the act of accession, particularly to counterbalance the administrative powers of the Commission and the flexible and intransparent national measures taken in the area of movement of workers. This differentiation in EU law and policy, necessary due to political and economic differences between new and old Member States but also due to the lack of trust among Member States, provokes the question of how the gap between desired minimal unity and unavoidable diversity might be bridged or, in other words, how much diversity is desirable in unity. Hence, the constitutional framework for changes in the current structure and the constitutional limits of changes and the clearer definition of the common fundamental constitutional principles, gain in importance. Fundamental principles such as solidarity and equality among Member States and non-discrimination among EU citizens deserve special attention and need to be further refined to meet the challenges of the current accession process and further enlargements.

²⁰⁶ However, the application of such derogations and transitional regimes has to be proportional and not of a permanent basis.

²⁰⁷ See solidarity and equality reflected in Art. I-2 and Art. I-5 of the Draft Constitution.. A so-called solidarity clause in Art.I-42 points at solidarity in cases of terrorist attack and disasters.

O Autorze

Wykładowca prawa europejskiego na Uniwersytecie w Maastricht, w Holandii. Opracowanie powstało głównie w trakcie projektu Jean-Monnet-Fellowship realizowanego w European University Institute we Florencji. Autorzy pragną podziękować profesorom Brunonowi de Witte, Ellen Vos i Kirstyn Inglis za ich uwagi, a także Andrew Evansowi za umożliwienie przedstawienia niniejszej pracy na seminarium, które odbyło się w Queen's University Belfast w październiku 2003 r.

Praca jest chroniona prawami autorskimi

About the Author

Andrea Ott is a lecturer in European Law, University Maastricht, the Netherlands. The work for the paper was mainly conducted during a Jean-Monnet-Fellowship at the European University Institute, Florence. The authors would like to thank Professors Bruno de Witte, Ellen Vos and Kirstyn Inglis for their comments and Andrew Evans for the opportunity to present the paper at a seminar at Queen's University Belfast in October 2003. The usual disclaimer applies.