



**HAL**  
open science

## Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out. 50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac, Presses de l'Université des Sciences sociales., pp.121-136, 2003, 978-2-909628-94-3. hal-01744381

**HAL Id: hal-01744381**

**<https://hal.science/hal-01744381>**

Submitted on 27 Mar 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du *in* et du *out*

Laurence Burgorgue-Larsen

Les temps sont loin où le droit communautaire ne vivait que *par* et *pour* l'uniformité. Interprétation uniforme *par* la Cour de Luxembourg. Application uniforme *par* les Etats membres. Interprétation et application uniformes *pour* l'effectivité de la mise en place d'un marché véritablement commun aux territoires des Etats membres. Le principe de l'uniformité, qui s'était sans nul doute transformé en dogme, est aujourd'hui — non pas relégué au magasin des accessoires de la construction communautaire — mais sérieusement concurrencé par celui de la différenciation, dont l'avenir est, sans conteste possible, voué à un succès pratique sans précédent. Il y va en effet de la viabilité du projet communautaire dans le cadre d'une Union élargie et hétérogène. Partant, au statut uniforme d'Etat membre, se superpose en puissance des statuts d'Etats « *in* » ou « *out* », selon qu'ils participent ou pas à une des nombreuses techniques d'intégration différenciée.

Le changement de perspective est fondamental, puisque l'on passe d'un système vertébré autour de l'homogénéité, censé effacer, à tout le moins, atténuer les différences d'ordre économique et social à un système structuré autour de la différenciation, censé au contraire intégrer et prendre en compte les différences. De l'ordre, convoité et désiré, la construction communautaire capitulerait-elle en étant contrainte de prendre en compte la donne du désordre ? Loin de là. C'est une évidence que de rappeler que l'Union élargie à l'Est ne peut pas s'assimiler à la Communauté des Dix ou des Douze, encore moins à celle des Six. C'est donc faire preuve de réalisme que d'intégrer de la différenciation dans le droit et les procédures communautaires pour ne pas laisser se diluer et s'étioler l'intégration communautaire, même si, dans le même temps, c'est définitivement bouleverser l'architecture du droit et du système communautaires.

L'étude ici entreprise a pour axe central une grille d'analyse qui permet de mieux appréhender le concept de différenciation, c'est-à-dire de l'appréhender en lui donnant un *sens*. Trois approches seront utilisées pour présenter les *déclinaisons* de la différenciation (I). L'approche historique prend appui sur la chronologie du processus communautaire afin d'identifier les « traces » de différenciation prévue par les traités institutifs d'abord, les traités de révision et d'adhésion ensuite. L'approche volontariste se base sur le degré de liberté laissée aux Etats dans l'insertion puis l'usage des techniques de différenciation. L'approche fonctionnaliste, enfin, prend appui sur une *summa divisio* classique et toujours opératoire axée sur la finalité de la différenciation, pro ou anti-communautaire. Elle est particulièrement séduisante. Simple, elle permet instantanément de discerner la nature de la différenciation : constructive ou au contraire destructurante. Surtout, elle n'est pas exclusive et admet en guise de complément d'analyse juridique, l'approche historique et volontariste.

Une fois la différenciation déclinée sous ses différents modes, il sera capital d'en discerner les *finalités* (II) et de dépasser l'idée selon laquelle elle ne servirait qu'à encadrer l'hétérogénéité accrue de l'Union. Certes, il est vrai qu'il s'agit avant tout d'une technique qui a pour dessein premier d'induire une différenciation matérielle — c'est à dire une application différenciée du droit et des politiques communautaires aux Etats membres ; en cela, elle est d'ailleurs toujours précédée d'une différenciation institutionnelle, passage obligé pour mettre en œuvre un droit d'application hétérogène. Ce schéma cependant ne doit pas faire oublier les cas où l'hétérogénéité n'est pas le seul élément que les techniques de différenciation tentent de maîtriser.

Dépasser les blocages de l'unanimité tel est aussi l'enjeu de la différenciation, qui se décline alors sous le seul mode de la différenciation procédurale.

## **I. Les déclinaisons de la différenciation**

La différenciation au sein du système communautaire est fondamentalement duale, puisqu'elle présente tout à la fois une face positive (constructive) (A) et une face négative (déstructurante) (B).

### **A. La différenciation constructive**

Qu'il nous soit permis ici de renouer avec l'approche historique afin de démontrer que le système communautaire est passé d'une différenciation innomée (1) à une différenciation proclamée (2).

#### **1. De la différenciation *innomée***

La différenciation constructive s'est manifestée dès le début de la construction communautaire par deux techniques particulières et ce, bien avant l'introduction ô combien médiatisée des fameuses clauses de « coopération renforcée ».

La première technique permet de *rester en retrait de l'intégration*, de façon provisoire, afin de mieux renouer avec elle ultérieurement : il s'agit de *l'intégration différée*. Entrent dans cette catégorie le système des périodes transitoires ou encore les modalités de participation à la troisième phase de l'Union économique et monétaire. Ces modes d'intégration différée ont pour caractéristique principale d'être « prédéterminés », au sein même des traités — les traités d'adhésion dans un cas, les traités de révision dans l'autre — et d'encadrer de façon drastique les moyens pour les Etats de renouer avec le « droit commun » de l'intégration.

La seconde technique permet — pour un certain nombre d'Etats qui en ont la volonté politique — d'*aller de l'avant* afin de créer, à terme, un phénomène d'accélération et d'approfondissement de l'intégration : il est question ici d'*intégration restreinte*. Il n'est qu'à se référer à l'article 95§4 T.CE qui introduit la faculté d'une différenciation dans l'harmonisation communautaire dans le dessein de sauvegarder les niveaux élevés de protection de certains Etats membres. La même « philosophie » de l'intégration restreinte génératrice à terme d'un *spill over* bénéfique, irrigue l'économie des articles 14 et 35 TUE qui autorisent le développement d'une coopération plus étroite, tant en matière de sécurité que d'affaires intérieures et de justice. A ce stade de l'analyse, il est intéressant de souligner que le système communautaire a logiquement été amené à prendre acte des intégrations restreintes préexistantes ou concomitantes à la création des Communautés ou de l'Union. Il n'est qu'à rappeler l'existence de l'article 306 T.CE qui reconnaît l'accomplissement des Unions régionales entre la Belgique et le Luxembourg, ainsi qu'entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas. Il en va de même s'agissant de la Politique Européenne de Sécurité Commune où l'article 17 §4 TUE autorise la coopération plus étroite entre deux ou plusieurs Etats membres au niveau bilatéral, dans le cadre de l'Union de l'Europe Occidentale et de l'Alliance Atlantique.

Ces brefs rappels témoignent du fait que les clauses de coopération renforcée n'émergent pas du néant. Il n'est point question d'une création *ex nihilo* sortie de l'imagination débridée et fertile des négociateurs communautaires. Elles sont en réalité, ni plus ni moins, le descendant contemporain de l'intégration restreinte.

## 2 . A la différenciation proclamée

La proclamation de la différenciation est l'œuvre du Traité d'Amsterdam. Ce dernier institutionnalisa un mode spécifique d'intégration restreinte qui ne manqua pas de susciter la curiosité juridique des analystes. Les clauses de coopération renforcée entrent avec fracas dans le paysage communautaire. Et pour cause. Que la différenciation soit institutionnalisée témoigne du changement de cap dans la philosophie initiale de la construction communautaire. Ce qui relève de l'exception et du cas isolé, se transforme en principe structurant la viabilité de l'ordre juridique communautaire. On sait que le mécanisme tel que conçu à Amsterdam n'a jamais fonctionné. Faute de temps tout d'abord ; faute de souplesse procédurale ensuite. La révision du dispositif, inséré *in extremis* dans l'agenda de la CIG 2000, a débouché sur un affrontement important parmi les Quinze et les pays candidats. Tandis que certains comme le Royaume-Uni, la Finlande ou encore la Pologne, étaient partisans du *statu-quo*, d'autres à l'instar de l'Allemagne, de la Belgique, de la France, de la Hollande, de l'Italie, du Luxembourg, soutenus par le Parlement et la Commission, plaidaient pour un assouplissement conséquent du mécanisme. Ce sont finalement les promoteurs du changement qui ont obtenu gain de cause. Le maillage juridique de la coopération renforcée se décline sous le mode binaire : les clauses générales d'un côté (au nombre de six), les clauses spéciales de l'autre (au nombre de dix).

Le désordre prévisible dans une Union élargie et hétérogène, générateur de blocages voire de régressions, est ainsi anticipé par l'introduction d'une procédure rationnelle, relevant de la logique de l'ordre. La différenciation rationaliserait ainsi le désordre né de l'hétérogénéité. Cette rationalisation qui tente de dépasser le désordre ne va t-elle pas toutefois également en introduire? Des éléments de réponse seront donnés ultérieurement (v. *infra*, 2° partie). Auparavant cependant, il est important de montrer que la différenciation déstructurante qui est la deuxième grande déclinaison d'un droit de l'intégration différenciée, n'a pas manqué, pour sa part, d'engendrer du désordre...

### B. La différenciation « déstructurante »

Les *Accords de Maastricht* ont institutionnalisé pour la première fois dans l'histoire de la construction communautaire, l'intégration différenciée déstructurante. Ce qui est en effet spectaculaire, ce n'est pas tant le fait que des Etats membres aient réussi à faire primer leurs intérêts particuliers sur l'intérêt général communautaire — le « constat de désaccord » de 1966 faisait en la matière œuvre de précédent historique — mais plutôt qu'ils aient obtenu l'institutionnalisation de leurs *desiderata*. L'approche volontariste prend ici toute son importance. La volonté politique des Etats est non seulement à l'origine de la différenciation, mais sous-tend en outre l'ensemble de son régime juridique. C'est en effet la volonté du Royaume Uni et du Danemark de rester en marge du processus d'intégration économique qui a contraint les autres Etats membres à accepter l'annexion au TUE de deux Protocoles qui leur offrent de participer à la troisième phase de l'Union économique et monétaire uniquement s'ils en manifestent la volonté. Ainsi, ces deux instruments permettent à ces pays de ne pas participer à la mise en place de la

monnaie unique, si telle est leur volonté et s'ils la notifient à la Communauté. C'est encore la volonté du Royaume-Uni de ne pas être lié par les règles communautaires en matière de politique sociale, qui a obligé les autres Etats membres à accepter la conclusion d'un accord à Onze sur la politique sociale.

Le *Traité d'Amsterdam* n'a pas réussi à éradiquer la fâcheuse habitude adoptée par certains Etats membres d'imposer leur *desiderata* à l'occasion des négociations de révision. Dans le club des Etats récalcitrants, on retrouve le Royaume-Uni et le Danemark, auxquels vient s'ajouter la République d'Irlande. Le domaine à l'origine de leur prise de position est celui de la libre circulation des personnes où les épineuses questions du franchissement des frontières extérieures et intérieures de l'Union se sont posées. Et de renouer avec la technique des Protocoles annexés — en l'occurrence au Traité sur l'Union et au Traité instituant la Communauté européenne — pour institutionnaliser le constat de désaccord apparu entre les Douze d'un côté et les Trois de l'autre. Le Protocole n°2 a permis au Danemark, bien que lié aux Accords de Schengen depuis décembre 1996, de n'en accepter qu'une partie, tandis que le Royaume-Uni et la République d'Irlande refusent catégoriquement que leur soit opposable l'intégralité des Accords. C'est ensuite la très importante question de la libre circulation des ressortissants d'Etats tiers à l'intérieur de l'Union qui a divisé les Etats membres. Le Royaume-Uni et l'Irlande ont réussi à obtenir un Protocole n°3 qui revient purement et simplement sur un engagement qu'ils avaient souscrit dix ans plus tôt du temps de l'Acte unique européen. Autrement dit, alors qu'en 1986 ils avaient accepté l'abolition des contrôles aux frontières à l'égard des ressortissants d'Etats tiers ; en 1997, ils sont *habilités* pour exercer à leurs frontières tous les contrôles qu'ils estiment nécessaires à l'égard de ces ressortissants. On décompte enfin deux Protocoles particuliers (n°4 et 5), pour organiser le désaccord relatif à la libre circulation à l'intérieur de l'Union de ses ressortissants, ces trois pays n'acceptant pas la «communautarisation» d'une partie du troisième pilier par le nouveau Titre IV du traité CE.

Ces Protocoles — taillés sur mesure par et pour certains Etats membres — font resurgir le spectre de « l'Europe à la carte » : il n'est pas fondamentalement question de rester en retrait de l'intégration pour rejoindre un groupe de tête ; il n'est pas non plus question d'aller de l'avant pour créer un phénomène d'accélération ultérieure. Non. Il est tout simplement question de revenir sur l'acquis communautaire ! Le Traité de Nice a échappé à l'introduction d'une nouvelle version négative de la différenciation qui aurait achoppé sur les questions institutionnelles. En tout état de cause, cela eût été la faillite du Traité de Nice si d'aucuns avaient imposé, à la mode du Protocole singulier, une dérogation *ad nominem*.

Il est aisé de déceler les *finalités* de ces régimes négatifs d'« *in* » et d'« *out* » : il s'agit exclusivement de faire primer les intérêts nationaux sur l'intérêt général communautaire, dans des domaines considérés comme relevant des « intérêts nationaux vitaux » de certains Etats membres. Nous ne nous y attarderons donc pas. En revanche, qu'en est-il pour la différenciation constructive ?

## II. Les *finalités* de la différenciation

Si la « finalité intégrative », c'est à dire permettre coûte que coûte le développement et l'approfondissement de l'intégration (B), est la finalité quasi existentielle de la différenciation constructive, il ne faut pas mésestimer l'objectif qui consiste à améliorer la prise de décision. La « finalité décisionnelle » (A) mérite que l'on s'y attarde un instant, d'autant qu'elle perdure avec le Traité de Nice.

## A. La finalité décisionnelle

Instaurer une différenciation procédurale dans l'optique de surmonter les blocages découlant de l'unanimité, tel est l'enjeu. C'est donc l'unanimité des voix, dans le cadre du processus décisionnel ordinaire, qui peut être surmontée avec le mécanisme de l'« abstention constructive » (1), tandis que l'unanimité des ratifications est contournée par une application modulée des accords internationaux (2).

### 1. L'« abstention constructive ».

Bien que l'unanimité soit exigée pour adopter les décisions en matière de PESC (article 23§1 TUE, première phrase), « *les abstentions des membres présents ou représentés n'empêchent pas l'adoption de ces décisions.* » Ne peut-on pas considérer qu'un tel mécanisme n'est pas autre chose que la transposition au Conseil de l'Union, des modalités de vote qui s'étaient dégagées dans la pratique au sein du Conseil de Sécurité de l'ONU sur la base d'une « coutume modificative » de l'article 27§3 de la Charte des Nations-Unies, selon laquelle l'abstention d'un membre permanent n'équivalait pas à un veto ? Au-delà du mimétisme avec l'ordre international, il va être intéressant de soumettre cette formule à la grille d'analyse dégagée en introduction pour savoir si elle répond à une des différenciations déjà répertoriées dans les traités. D'un côté, le groupe d'Etat qui désire aller de l'avant est en mesure de le faire, non seulement au niveau de la prise de décision, mais également au niveau de sa mise en œuvre puisque le texte précise que « *Dans un esprit de solidarité mutuelle, l'Etat membre concerné s'abstient de toute action susceptible d'entrer en conflit avec l'action de l'Union... ou d'y faire obstacle* ». Il y a à cet égard une parenté évidente avec le mécanisme de l'intégration restreinte. D'ailleurs, à l'instar de ce dernier mécanisme, il est nécessaire que l'action soit mise en œuvre par un nombre suffisant d'Etats pour qu'il s'agisse d'une véritable action de l'Union.

De l'autre côté, un ou plusieurs Etats peuvent également rester en retrait de l'intégration en matière de défense et de sécurité et cette *position* doit être respectée par les *autres Etats membres*. Ils peuvent assortir leur abstention d'une *déclaration formelle* et ne sont pas contraints de supporter financièrement l'action de l'Union pour laquelle ils se sont abstenus de voter (article 28§3 TUE). Il y a ici une analogie avec l'intégration différée, à la différence près, sans doute de taille, qu'il n'est rien prévu afin que le ou les membres qui n'ont pas désiré que l'action de l'Union leur soit opposable, rejoignent le groupe d'Etats qui ont décidé d'aller de l'avant. On sait en effet que pour les périodes transitoires ou encore l'intégration dans la troisième phase de l'Union économique et monétaire, les « Etats en dérogation », les Etats « *out* », voient leur libre arbitre réduit au strict minimum, la Communauté maîtrisant par le Traité d'adhésion et par la fixation des critères objectifs, la cessation de la dérogation. Dans le cadre des clauses de coopération renforcée, le principe d'ouverture démontre que l'effet souhaité par la coopération est un effet d'entraînement à l'égard des Etats membres restés en retrait.

Avec l'abstention constructive, rien de tel. Il apparaît donc évident que l'objectif premier poursuivi est d'éviter la paralysie décisionnelle et non de créer les conditions d'un phénomène de *spill over* en matière de politique et de sécurité extérieure. Il est certain que l'*abstention* d'un Etat membre, assortie le cas échéant d'une *Déclaration formelle* — qui pourra présenter au grand jour les motifs de dissension entre l'Etat membre abstentionniste et les autres — affaiblira de façon certaine la portée de la décision et n'est pas là pour permettre un ralliement futur au sein des Etats qui auront décidé d'avancer.

## 2. Une application différenciée des accords internationaux.

C'est aux fins de contournement de l'exigence d'unanimité posée dans le cadre du deuxième pilier, non pas dans la conclusion d'accords internationaux par le *Conseil*, mais dans leur ratification, que les négociateurs ont imaginé une procédure qui permette une application différenciée des dits accords. L'article 24 § 5 TUE, stipule en effet qu' « *Aucun accord ne lie un Etat membre dont le représentant au sein du Conseil déclare qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles ; les autres membres du Conseil peuvent convenir que l'accord leur est néanmoins applicable à titre provisoire* ». Ne peut-on pas également ici se demander, s'il ne s'agit pas en réalité d'une transposition en droit communautaire d'une procédure prévue de longue date par le droit international codifiée à l'article 25§1 de la Convention de Vienne sur l'application provisoire des traités ?...

Quoi qu'il en soit, la formule ainsi transposée dans l'ordre juridique communautaire n'est pas d'une clarté exemplaire, car elle est révélatrice de la situation "bâtarde" des traités d'Amsterdam et de Nice concernant la question de la reconnaissance ou non de la capacité juridique internationale à l'Union. En effet, d'un côté c'est la Présidence — dont l'article 18 TUE précise qu'elle représente l'*Union* pour les matières relevant de la PESC — qui peut après autorisation du Conseil délivrée à l'unanimité, engager des négociations avec un ou plusieurs Etats ou organisations internationales pour conclure des accords, qui, au bout du compte, seront adoptés par le Conseil. A aucun moment les Etats en tant que tels ne sont mentionnés, ce qui laisserait supposer que l'Union agit pour son propre compte. De l'autre, la référence aux «règles constitutionnelles» de tel ou tel Etat, laisse sous-entendre que le schéma classique d'une entrée en vigueur conditionnée par les procédures internes de ratification est toujours d'application, surtout quand on prend connaissance de la Déclaration n°4 adoptée par la Conférence à Amsterdam qui prend soin de préciser que la conclusion d'accords dans le cadre des II° et III° piliers, n'opère pas de transfert de compétences des Etats membres vers l'Union !

De fait, la rédaction de l'article laisserait à penser qu'il est uniquement question d'une application différenciée dans le temps, comment expliquer sinon la formule finale «à titre provisoire ?» Autrement dit, le cas de figure le plus probable visé par l'article serait que l'accord a réussi à obtenir l'unanimité au sein du Conseil pour sa conclusion ; mais que son entrée en vigueur se trouve compromise par les spécificités constitutionnelles internes d'un Etat qui tarderait à le ratifier. De fait, l'article 24 TUE habilite provisoirement les Etats n'ayant pas rencontré de difficultés d'ordre interne, à appliquer l'accord international dans l'attente de la résolution des problèmes d'ordre constitutionnel rencontré par un ou plusieurs autres Etats.

L'article 24 TUE du II° pilier est à rapprocher de l'article 34§2 alinéa d). TUE du III° pilier, plus classique du point de vue du droit international public général. On connaît les difficultés d'entrée en vigueur des Conventions de coopération conclues sur la base du feu article K3§2c du TUE, *tous* les Etats membres devant en effet les adopter «*selon leurs règles constitutionnelles respectives*». Pour pallier ce déficit décisionnel, sur la base d'une proposition espagnole, le Traité d'Amsterdam innove à un double titre. Tout d'abord, en permettant au Conseil de fixer un délai maximal pour engager les procédures de ratification, à l'instar en quelque sorte de ce qui existe pour le droit dérivé, plus précisément pour les directives dont le texte mentionne toujours un échéancier à respecter s'agissant de leur transposition dans les ordres juridiques internes des Etats. Ensuite, en permettant l'entrée en vigueur des accords à partir de leur adoption «*par la moitié au moins des Etats membres*», c'est-à-dire à partir de sept Etats dans

l'Europe des Quinze. Il est entendu, comme d'ailleurs prend soin de souligner le texte, que ces conventions « *entrent en vigueur dans les Etats membres qui les ont adoptées* ». A cet égard, rien de nouveau du point de vue procédural si on se réfère aux techniques d'entrée en vigueur des traités multilatéraux. Même si l'exigence d'unanimité des ratifications par les signataires est parfois requise, la volonté de faciliter et d'accélérer le passage des traités dans le droit positif, a engendré la limitation du nombre des ratifications pour leur entrée en vigueur. Il est particulièrement piquant de relever que le droit communautaire a eu recours à plusieurs égards aux techniques classiques du droit international public pour pallier les carences de son ordre juridique qui est censé, on ne le sait que trop, reposer sur une spécificité toute particulière.

Sans être en mesure de préjuger de la mise en œuvre pratique de cette ingénierie conventionnelle, on peut toutefois constater l'extrême complexité des simples mécanismes de déclenchement de la différenciation procédurale. Le complexité ne serait-elle pas à terme à l'origine d'un beau « désordre organisé » ?

## **B. La finalité intégrative**

Le système des coopérations renforcées, générateur d'intégrations restreintes, doit faire face, fondamentalement, à deux défis : celui de *l'hétérogénéité accrue de l'Union consécutive aux élargissements successifs* et celui du développement sporadique et anarchique, bref, déstructurant, de *coopérations intergouvernementales hors du cadre des traités*, voir dans le cadre des traités sous l'apparence de différenciations négatives. La question ici est de savoir si la nouvelle donne issue du Traité de Nice permet de répondre de façon satisfaisante à ces deux impératifs.

### 1. Faire face à l'hétérogénéité de l'Union

La première interrogation qui vient à l'esprit quand on scrute les modifications apportées aux clauses de coopération renforcée par le Traité de Nice, est celle de savoir si elles vont effectivement faciliter la mise en place d'intégrations restreintes. D'une manière générale et en guise d'observation liminaire, la refonte du système a le mérite d'avoir rationalisé la présentation de ce que l'on appelle les « dix commandements » qui sont tous regroupés à l'article 43 TUE, première des six dispositions horizontales et qui fait donc plus que jamais figure de *lex generalis*. Surtout et de façon plus précise, après avoir singularisé la subsidiarité du mécanisme d'ensemble de la coopération renforcée (clause du « dernier ressort » de l'article 43A), il est clair que du point de vue procédural, non seulement le *déclenchement*, des coopérations renforcées, mais aussi leur *autorisation*, sont aujourd'hui techniquement facilités. La seule faculté dont bénéficie encore un Etat membre réticent au déclenchement d'une coopération renforcée est d'*évoquer* la question au Conseil européen pour qu'une résolution politique du conflit puisse éventuellement voir le jour. En tout état de cause,, ce pouvoir d'évocation n'empêche pas ultérieurement le Conseil de statuer définitivement à la majorité qualifiée sur la décision d'autorisation (articles 11 §2 *in fine* TCE et 40 A §2 TUE *in fine*).

La deuxième interrogation, qui prend les allures d'une « inquiétude », est fondamentale. En voulant éviter le *statu quo* potentiel de l'intégration dans une Europe élargie, pis sa régression, le système de l'intégration restreinte constructive — tel que décliné sous le mode de la « coopération renforcée » — pourra générer à terme une hétérogénéité de grande envergure qui



pourra, à elle seule, être la source d'une complexité inouïe, elle même génératrice de blocage et donc de désordre. Et de renouer avec une interrogation existentielle. Le désordre maîtrisé *par* la différenciation, sera-t-il aussi celui *de* la différenciation ?

On l'a souligné en introduction, la différenciation d'ordre matériel est précédée d'une différenciation institutionnelle, toujours analysée sous l'angle technique par les analystes qui peuvent s'enorgueillir d'avoir réussi à décrypter les subtilités techniques différentielles. Pas ou peu de commentaires sur les conséquences d'une telle diversité. Partant, le propos ici ne sera pas de passer en revue les variétés juridiques en la matière. Il est juste question de rappeler, pour ne pas dire marteler, que le Traité d'Amsterdam puis le Traité de Nice, ont orchestré une différenciation institutionnelle et juridictionnelle au sein même du mécanisme procédural de la coopération pour être évidemment en harmonie avec l'hétérogénéité architecturale inaugurée par le Traité de Maastricht. Les compétences des institutions (Commission, Parlement, Cour de justice) sont non seulement modulées en fonction des piliers (pilier d'intégration et de coopération), mais aussi en fonction de la nature du droit communautaire en cause (droit primaire de la coopération renforcée *versus* droit dérivé de la coopération renforcée). Rien de bien original pourrait-on rétorquer? Sauf que cette prise en compte de la différenciation institutionnelle et juridictionnelle au sein de la différenciation matérielle, accentue sans précédent l'hétérogénéité de la structure ternaire de l'Union, de la complexité qui en découle, ainsi que du fossé procédural qui va émerger entre les Etats « *in* » et les Etats « *out* »...

S'agissant de la différenciation d'ordre matériel induite par le système différentiel, on se rend compte que pour dépasser l'hétérogénéité économique et sociale de l'élargissement on met en place une différenciation des droits et obligations communautaires à la charge des Etats et donc partant, également, à la charge des particuliers. Le Traité d'Amsterdam a inauguré un nouveau mode de relation non pas entre l'Union et les Etats mais, au sein de l'Union, entre les Etats membres eux-mêmes. Si dans l'avenir, le mécanisme procédural de la coopération renforcée se banalise, c'est la *différenciation statutaire entre les Etats qui va se banaliser*. Cette interrogation, déjà présente à la lecture du Traité d'Amsterdam, s'est accentuée avec le Traité de Nice et s'est même transformée en perplexité.

Elle s'est *accentuée* du fait de l'inclusion implicite dans le champ matériel de la coopération renforcée de la citoyenneté et du principe de non-discrimination à raison de la nationalité. Le Traité de Nice permet l'organisation demain ou après-demain « de deux catégories d'Etats membres et de deux catégories de ressortissants » (V. Constantinesco). Etait-il bien utile et idoine de créer de la différence dans des domaines majeurs tout à la fois du point de vue symbolique et effectif? Le sentiment d'appartenance à l'espace public européen ne sera-t-il pas définitivement affecté? De même, l'architecture juridique à venir risque de devenir un véritable puzzle juridique puisqu'à la différenciation matérielle entre le droit exorbitant de coopération renforcée et le droit commun communautaire dans des matières jusque là « structurantes », s'ajoutera à terme une différenciation au sein même du droit extra-ordinaire de la coopération renforcée qui, dans des domaines variés, pourra lier différents Etats...L'hétérogénéité sera à son comble. La complexité aussi.

Elle s'est transformée en *perplexité* à la lecture de l'article 44§1 *in fine* du TUE, qui est une des six « clauses horizontales ». Il y est précisé que les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre d'une coopération renforcée « *ne font pas partie de l'acquis de l'Union* ». Jusqu'à présent, le droit né de la coopération renforcée était perçu comme un droit de l'intégration, autrement dit *stricto sensu*, du droit communautaire ou du droit des piliers de coopération, dont seul le champ

d'application serait variable et ce, en fonction des Etats y participant. L'idée sous-jacente, corroboré par le principe d'ouverture, étant que la coopération renforcée devait *in fine*, s'ouvrir à un maximum d'Etats lesquels, du même coup, seraient soumis au « droit de la coopération renforcée », droit de l'intégration. Or, avec l'incise déstabilisante du Traité de Nice, l'analyse se brouille et les interrogations se bousculent. Que signifie cette référence au seul acquis de l'Union ? Doit-on en déduire qu'il ne faut pas en tenir compte quand il est question d'actes mis en œuvre dans le seul cadre communautaire *stricto sensu* ? Si c'est le cas, pourquoi opérer le *distinguo*, pourquoi créer de l'hétérogénéité du point de vue du droit, selon qu'il découle du pilier communautaire et des deux piliers intergouvernementaux ? Si au contraire il faut comprendre l'Union au sens large intégrant l'architecture d'ensemble du système, le droit né de la coopération renforcée ne peut plus, ou en tout cas très difficilement, s'analyser comme un droit d'avant-garde, un droit pionnier, un droit expérimental ayant pour objectif final d'être appliqué *in fine*, via un effet de *spill over*, par un nombre maximal d'Etats. A quoi sert alors l'alinéa a. de l'article 43 qui proclame que toute coopération renforcée tend à renforcer le *processus d'intégration* de l'Union et de la Communauté ?

Si d'aventure cette incise a été conçue « sur mesure » à l'attention des Etats candidats pour les rassurer sur le niveau d'exigence d'intégration de l'acquis, le moins que l'on puisse dire, c'est qu'elle est particulièrement fâcheuse. Il n'est pas irréaliste de penser qu'elle pourra être utilisée par un des Etats de l'Europe des Quinze, un Etat récalcitrant par nature (Royaume-Uni, Danemark) ou par opportunisme (tous les autres) pour ne jamais vouloir rejoindre le groupe des « Etats coopérateurs »... Les différences pourraient alors se cristalliser, les égoïsmes nationaux s'exacerber, les liens communautaires se déliter.

## 2. Eviter la différenciation hors traité.

La rationalisation de la différenciation par les clauses de coopération renforcée permet-elle d'affirmer que la différenciation hors traité est mise « hors la loi communautaire » ? Dit autrement, les coopérations intergouvernementales développées dans un cadre bilatéral ou multilatéral classique sont-elles prohibées ?

Aucune disposition dans le Traité de Nice prohibe *expressis verbis* de telles coopérations classiques. Par voie de conséquence, au regard du principe de souveraineté des Etats, on ne voit pas comment le mécanisme procédural de la coopération renforcée serait une limite à leur liberté de conclure des conventions internationales classiques. Le libellé de l'article 43 en témoigne puisqu'il débute en ces termes : « Les Etats membres qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée *peuvent* recourir... » à la coopération renforcée... L'obligation n'est pas de mise ; la faculté s'impose à l'évidence.

La voie intergouvernementale n'est donc pas bannie, sous couvert du respect du principe de bonne foi et sous couvert également du respect du principe d'attribution des compétences à la Communauté européenne et à l'Union. Si la voie intergouvernementale n'est pas exclue, elle est toutefois, en quelque sorte, encadrée. Il n'est pas absurde de considérer que le mécanisme de la coopération renforcée étant subsidiaire par rapport au droit commun communautaire, la voie intergouvernementale hors traité sera, du même coup, elle-même subsidiaire par rapport au droit de la coopération renforcée. Partant, afin de rendre intelligible ce que pourrait être l'avenir, qu'il nous soit permis de recourir, après la métaphore architecturale grecque (pour le désormais Traité-Temple grec) à l'image pyramidale égyptienne. Et de considérer que la base de la pyramide pourrait être constituée par le *droit commun de la Communauté et de l'Union* applicable à tous les Etats : le droit du *tout* pour reprendre la formule de Marc Blanquet : le milieu serait formé par

le *droit de la coopération renforcée* réunissant un groupe de huit Etats au moins qui décident de coopérer étroitement pour atteindre des objectifs qu'ils n'ont pas pu atteindre via le droit commun ; enfin, au sommet de la pyramide, le *droit de la coopération hors traité*, mis en oeuvre uniquement si le déclenchement et l'autorisation de la coopération renforcée n'ont pas pu avoir lieu. Comme les assouplissements procéduraux enregistrés à Nice présagent une utilisation plus fréquente des mécanismes différentiels, on peut en déduire que les hypothèses d'une nécessité et/ou d'une volonté de mettre en oeuvre une coopération hors traité seront amoindries. Surtout, on peut également imaginer que la différenciation destructurante inaugurée à Maastricht et confirmée à Amsterdam ne verra plus le jour...Le temps des marchandages à l'heure de la révision des traités serait ainsi une époque révolue.

L'Union élargie des Vingt-sept n'aura assurément pas la même allure que la Communauté restreinte des Six. La philosophie de la construction communautaire s'en trouvera profondément et définitivement modifiée. L'interrogation existentielle est celle de savoir s'il s'agira d'une dénaturation du processus d'intégration ou au contraire d'une deuxième naissance. Une diligence de tous les instants sera nécessaire pour que le principe de cohérence, érigé en guide d'action de la coopération renforcée, ne soit pas vide de sens. Archétype de la différenciation constructive, il ne faudrait pas que la coopération renforcée devienne l'emblème de la différenciation négative...

\* \* \*  
\*