

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN
Département des Sciences juridiques

LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES :
QUEL MODÈLE D'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE
POUR L'UNION EUROPÉENNE ?

*Analyse comparative du mécanisme général de la coopération renforcée,
du projet de coopération structure permanente en matière de défense,
et de la pratique d'autres coopérations renforcées « prédéterminées » en
matière sociale, au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice, et dans
l'Union économique et monétaire*

Hervé BRIBOSIA

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Membres du jury :

Professeur Bruno de Witte, Institut universitaire européen, Directeur de thèse
Jean-Victor Louis, Professeur émérite, Université libre de Bruxelles (ULB)
Philippe de Schoutheete, Directeur des études européennes, Institut Royal des
Relations Internationales - *EGMONT*
Professeur Jacques Ziller, Institut universitaire européen

© 2007, Hervé Bribosia

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite
ou distribuée sans la permission préalable de l'auteur.

LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES :

QUEL MODÈLE D'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE POUR L'UNION EUROPÉENNE ?

*Analyse comparative du mécanisme général de la coopération renforcée,
du projet de coopération structurée permanente en matière de défense,
et de la pratique d'autres coopérations renforcées « prédéterminées »
en matière sociale, au sein de l'espace de liberté sécurité et justice,
et dans l'Union économique et monétaire*

Hervé Bribosia

Résumé

Cette thèse de doctorat porte d'abord sur le mécanisme général de la coopération renforcée introduit par le traité d'Amsterdam qui n'a encore jamais été utilisé en tant que tel, malgré les améliorations apportées par le traité de Nice. L'étude procède en outre à une comparaison de ce mécanisme avec d'autres « coopérations renforcées » prédéterminées dans les traités et qui ont fonctionné dans la pratique. Celle des Etats membres qui ont adopté l'euro comme monnaie unique fait l'objet d'une attention particulière. Y sont aussi examinées la « coopération renforcée » issue de l'accord social des Onze annexé au traité de Maastricht, véritable ancêtre du mécanisme général, celles évoluant au sein de l'espace de liberté, sécurité, et justice (en particulier la zone Schengen), ainsi que la future 'coopération structurée permanente' en matière de défense. La comparaison confirme que toutes ces « coopérations renforcées » sont comparables à bien des égards, qu'elles se ressemblent au moins autant qu'elles ne diffèrent l'une de l'autre. Le cœur de cette ressemblance se situe dans les aménagements constitutionnels de l'Union européenne que leur mode de fonctionnement implique : différenciation (effective ou latente) des rapports de compétences, Conseil agissant en formation « réduite », et champ d'application territorial limité des actes qui en sont issus. Toutes sont également comparables du point de vue de leur mode de formation, des relations entre les participants et les non participants, ou encore de la participation ultérieure de ces derniers aux « coopérations renforcées » en question. C'est sur base de cette comparaison que plusieurs questions peuvent ensuite être abordées. La première consiste à envisager les perspectives de mise en œuvre du mécanisme général de la coopération renforcée. Ces perspectives sont plus prometteuses suite aux innovations apportées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, intégralement reprises par le traité de Lisbonne, sans toutefois réussir à limiter les velléités de coopération intergouvernementale en dehors du cadre de l'Union. Une autre contribution a trait à la typologie des différentes formes d'intégration différenciée au sein de l'Union en général. L'étude se termine par quelques réflexions sur l'apport de la comparaison des coopérations renforcées à la construction d'un modèle d'intégration différenciée des Etats membres de l'Union au sein de différents cercles d'intégration, ou encore d'une Union européenne à deux niveaux, dont un ferait office d'avant-garde ou de 'noyau dur'. Cette thématique constitue en quelque sorte une variation sur un autre paradigme de l'évolution constitutionnelle de l'Union, à savoir le principe de subsidiarité : une variation encline à lui donner un nouveau contenu, voire un nouveau souffle, dans une Union toujours plus large et hétérogène.

Avant-propos

*Je sais pourquoi tant de gens aiment couper du bois.
C'est une activité où l'on voit tout de suite le résultat.*

Albert Einstein

Rédiger une thèse de doctorat sur une période de près de quatorze ans ne comporte pas que des avantages... Il faut entretenir la motivation personnelle, préserver la cohérence de l'ouvrage, revoir sa mise à jour, et ménager la confiance de tous ceux qui vous l'ont accordée... Entreprendre une recherche de si longue haleine n'est sans doute pas recommandable, ce ne fut d'ailleurs pas vraiment un choix délibéré. Car il s'agit de composer avec les opportunités de la vie professionnelle, et les circonstances de la vie tout court, notamment la venue au monde de deux merveilleuses petites filles à qui je dédie mon travail, ainsi qu'à leur maman.

Mais la 'longue durée', pour emprunter le paradigme de Fernand Braudel, ne comprend pas que des désavantages, « à tout malheur est bon ». Elle m'a permis de suivre de près l'évolution institutionnelle de l'Union depuis la signature du traité de Maastricht, lors de ma licence spéciale à l'Université catholique de Louvain, jusqu'à la crise que nous vivons actuellement suite à l'échec des référendums français et néerlandais sur la Constitution européenne.

Le Traité sur l'Union européenne, avec son protocole social et son projet de monnaie unique, est celui des origines de la différenciation constitutionnelle, autrement dit des coopérations renforcées au sens large. Cette différenciation constitutionnelle préfigure le mécanisme général de la coopération renforcée conçu par le traité suivant, celui d'Amsterdam. Après un stage au service juridique du Conseil de l'Union, j'ai eu l'immense chance, fût-ce aux dépens de mon chantier doctoral florentin, d'être

associé à la négociation du traité d'Amsterdam. Je tiens à cet égard à remercier tout particulièrement Monsieur l'Ambassadeur Philippe de Schoutheete, que j'ai pu assister personnellement tout au long de la Conférence intergouvernementale dont il était le représentant pour la Belgique. Ma participation aux travaux des « Amis de la présidence » sur la simplification et la consolidation des traités furent une expérience qui s'est avérée d'une grande utilité lorsque l'Institut universitaire européen de Florence m'a confié la tâche de rapporteur pour les études sur la constitutionnalisation des traités européens qui nous étaient mandatées par le Parlement européen (Rapport Amato - 1998), puis par la Commission européenne (Rapport Mény – Elhermann 2000). En outre, durant cette CIG, la délégation belge a joué un rôle précurseur dans la conceptualisation de la coopération renforcée, en particulier mon ancien collègue et ami Eddy De Smijter qui en avait fait les toutes premières esquisses.

C'est à la faveur de cette nouvelle expertise que je fus à nouveau éloigné pendant trois ans de mon travail en chambre puisque je fus alors recruté par le Groupe des conseillers politiques de la Commission européenne en vue de l'exercice constitutionnel qui se profilait au lendemain de la déclaration de Nice. Par un heureux concours de circonstances (mais qui dois-je remercier ?), je me suis retrouvé quelques mois plus tard en tête-à-tête avec Valéry Giscard d'Estaing ; je lui suis reconnaissant de m'avoir finalement engagé comme rédacteur au sein du Secrétariat de la Convention européenne. L'expérience de se trouver au cœur de l'action est assurément unique. Simplification des traités, rationalisation de l'ordre juridique de l'Union, et ... les coopérations renforcées y furent mes domaines de prédilection. De retour à la Commission, j'ai pris part aux travaux de sa *Task Force*. Celle-ci fut très active lors de la Conférence intergouvernementale qui adopta *in extremis* le traité constitutionnel. J'ai notamment pu prendre part aux travaux du groupe des juristes qui devait encore parachever la refonte des traités et nombreux protocoles, y compris ceux qui sont à la base du régime différencié de certains États membres.

Riche de toutes ces expériences, j'ai depuis lors enfin été en mesure de reprendre la rédaction de la présente thèse sans interruption, ou presque... puisque j'ai assuré concomitamment la coordination scientifique d'un autre ouvrage collectif sur la

Constitution européenne pour le compte de l'Institut de Florence ¹. J'en profite au passage pour remercier mes deux co-éditeurs, les professeurs Bruno de Witte et Giuliano Amato, de m'avoir confié cette mission dont le résultat couronne en quelque sorte plusieurs années de collaboration sur le sujet, notamment au cours de la Convention européenne. En prenant en charge trois chapitres ayant trait aux coopérations renforcées au sens large, et un quatrième sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, qui est un sujet connexe comme nous le constaterons, la synergie était profitable, nonobstant la différence d'approche.

Le résultat est-il à la hauteur de ces expériences et du mûrissement de la réflexion ? Ce n'est sans doute pas à moi à en juger. Je suis personnellement satisfait du résultat car il correspond à ce que je voulais faire depuis longtemps : une comparaison des différentes coopérations renforcées qui existent déjà au sein de l'Union européenne, et une réflexion sur le concept même de « coopération renforcée ». Dès lors que le débat sur l'intégration différenciée revient constamment comme une vague, souvent aux moments de crise, il peut être utile de produire une contribution approfondie sur le sujet, fût-elle parfois très technique. Ceci étant, cette étude demeure un exercice de style, avec une logique et une cohérence propres marquées par le début de la recherche.

Il ne s'agit certes pas de la première étude sur l'intégration différenciée. Il existe au contraire de nombreux ouvrages en la matière ². La mienne s'inscrit en quelque sorte dans la lignée de la thèse de doctorat soutenue par Filip Tuytschaever, à cet Institut même, il y a déjà près de neuf ans ³, et à qui je rends hommage pour nos nombreuses discussions, son soutien et son amitié. Quelques années plus tard, c'est un autre compagnon de route, Alkuin Kölliker, qui y présenta sa très stimulante thèse portant notamment sur les implications de la différenciation sur la dynamique de l'intégration, en se référant principalement à la théorie des biens publics ⁴. Le département de droit

¹ . G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte, *Genèse et Destinée de la Constitution européenne – Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

² . V. encore récemment la thèse de Ch. Guillard, « L'intégration différenciée dans l'Union européenne », Bruylant, 2006, dont nous n'avons pas pu tenir compte dans notre étude.

³ . F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union law*, Oxford, Hart Publishing, 1999.

⁴ . A. Kölliker, *The Impact of Flexibility on the Dynamics of European Unification: Towards a Theory of Differentiated Integration*, Dissertation, European University Institute, Florence, 2002. La thèse a été

de l'Institut s'est également montré actif en promouvant deux ouvrages de référence sur le sujet ⁵. On mentionnera encore un autre ouvrage incontournable, celui d'Alexander Stubb, riche en développements sur les origines du débat en la matière, sur la littérature existante, et sur le suivi des négociations des traités d'Amsterdam et de Nice ⁶. Un coup d'œil à la bibliographie en fin d'ouvrage suffit à constater que tous ces auteurs se sont penchés assidûment sur le sujet, tout comme d'autres tels qu'Eric Philippart ou encore Christian Deubner. À tous je leur suis reconnaissant pour les échanges que nous avons pu avoir, et qui ont alimenté mes propres réflexions. Je suis toutefois convaincu que l'on n'a pas encore fait le tour de la question tant une intégration différenciée pourrait s'avérer salutaire à l'Union européenne dont l'élargissement à tous les pays d'Europe est inéluctable ; encore faudrait-il que cette différenciation soit gérée de façon consciente et systématique, et non empirique et chaotique comme c'est actuellement le cas.

Sur ces quatorze dernières années, j'en ai vécues plus de cinq à Florence, réparties en trois séjours distincts, sur les ondulantes collines avoisinant l'Institut. C'est aussi à cette époque mémorable que je dédie mon ouvrage. Mémorable par la richesse et la diversité des chercheurs, le foisonnement intellectuel, un certain art de vivre et la découverte de l'Italie, une grande liberté, fût-elle parfois difficile à gérer. Mémorable par la rencontre de Joëlle, ma compagne de vie qui allait devenir la mère de nos deux filles, et qui m'a toujours 'supporté' depuis lors... ; inoubliable par les amitiés qui perdurent et donnent un sens à la vie, à commencer par la « communauté » de *Monte Muscoli*, Michaël U., Filip T., Stefan H., Antoine S., puis mon logeur de Fiesole, Augusto C., et encore James T., Alkuin K., Nathalie N.. Sans oublier les premiers camarades du *Mugello*, Claudio M., Jens K., et surtout Stefan D. qui nous a quittés prématurément, et tragiquement, pour qui j'ai aujourd'hui une pensée particulière ; ni

publiée par après : *Flexibility and European Unification: The Logic of Differentiated Integration*, Governance in Europe Series, Rowman and Littlefield, Lanham MD, 2006 (v. aussi dans cet ouvrage un aperçu précieux de la littérature sur le sujet, principalement en sciences politiques). V. également la thèse défendue par G. Papagianni (1994) qui relate notamment les techniques de différenciation au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice, *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

⁵ . G. De Búrca, J. Scott, (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000. B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001.

⁶ . A. Stubb, *Negotiating flexibility in the European Union – Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave, 2002.

ceux de *La Querciola*, Norbert W., Thomas H., Verena F., Jorg S., et bien sûr Fernando Fontani dont les nombreux tableaux évoquant la Toscane ornent mon appartement ; ni mes collègues juristes de l'Institut ; ni mes amis chanteurs de la chorale de l'Institut et de celle de l'*Università delgi studi* ; et bien d'autres encore dont le nom ne me vient pas maintenant à l'esprit.

Il me faut encore remercier infiniment les professeurs qui ont eu confiance en moi et m'ont assisté dans mon travail : Renaud Dehousse qui m'a fait entrer à l'Institut de Florence et qui a supervisé mes premières esquisses ; Bruno De Witte, mon 'tuteur', qui m'a permis de rester connecté à l'Institut et m'a indéfectiblement soutenu dans l'aboutissement de mon entreprise ; Jean-Victor Louis, notamment pour le temps qu'il m'a généreusement consacré à commenter la deuxième partie de la thèse relative à l'Union économique et monétaire ; et enfin Yves Lejeune, Christian Franck et Michel Dumoulin avec qui j'ai fait un bout de chemin au sein de l'Institut d'Études européennes de l'Université catholique de Louvain. Sans oublier ceux qui ont financé une partie de ma recherche, d'abord les autorités belges (mais difficile de savoir laquelle exactement...) et l'Institut de Florence pendant deux ans et demi, ensuite l'Université catholique de Louvain pendant un an. Ni Vincent B. et Filip T. qui m'ont fourni un lieu de travail équipé lorsque j'en avais besoin. *Last but not least*, ni mes parents, Albert et Michèle, qui m'ont entretenu et éduqué durant toute ma jeunesse – avec mes deux chipies, je prends maintenant toute la mesure de la tâche – et en particulier Maman qui a trouvé un intérêt à me relire et a corrigé les fautes de rédaction.

Dans « *Le nom de la rose* », Umberto Eco relevait justement : *Il est des moments magiques, de grande fatigue physique et d'intense excitation motrice, où surgissent des visions de personnes connues par le passé [...] surgissent pareillement des visions de livres non encore écrits* ⁷. Le souvenir de ces personnes et des moments de vie qui y sont associés resurgit à nouveau lorsque le livre est écrit.

⁷. Traduction Jean-Noël Schifano, Éditions France Loisirs, p.10.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE. —

LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES : DU MÉCANISME GÉNÉRAL À LA PRATIQUE DANS L'ESPACE DE LIBERTÉ, SÉCURITÉ ET JUSTICE

TITRE I. —

LE MÉCANISME GÉNÉRAL DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE

INTRODUCTION

CHAPITRE 1. — PRÉSENTATION GÉNÉRALE ET CONTEXTUELLE DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX COOPÉRATIONS RENFORCÉES DANS LES TRAITÉS ET DANS LA CONSTITUTION EUROPÉENNE

- I. Dans le traité d'Amsterdam
 - A. Contexte de la négociation
 - B. Présentation générale des dispositions relatives à « la coopération renforcée »

- II. Dans le traité de Nice
 - A. Contexte de la négociation
 - B. Présentation générale des dispositions relatives à « la coopération renforcée »

- III. Dans la Constitution européenne
 - A. Aperçu des travaux de la Convention européenne et de la Conférence intergouvernementale 2003 – 2004
 - B. Présentation générale des dispositions de la Constitution européenne relatives aux « coopérations renforcées »

CHAPITRE 2. — CADRE CONSTITUTIONNEL DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

- I. Principe : fonctionnement des coopérations renforcées dans le cadre constitutionnel de l'Union

- II. Aménagements du cadre institutionnel de l'Union et champ d'application des actes
- III. Aménagements des procédures de décision : système de « passerelle »
- IV. Adaptation de la définition du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil « restreint » de la coopération renforcée
 - A. Dans les traités
 - B. Dans la Constitution européenne

CHAPITRE 3. — DOMAINES DE COMPÉTENCE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

- I. Principe : fonctionnement des coopérations renforcées dans le cadre des compétences de l'Union
- II. Limites aux compétences exercées au sein des coopérations renforcées
 - A. Exclusion des compétences exclusives du champ d'action des coopérations renforcées
 - B. Conditions matérielles relatives à l'exercice des compétences de l'Union au sein des coopérations renforcées
 - C. Interprétation des conditions dans les avis des services juridiques du Conseil et de la Commission relatifs à une coopération renforcée envisagée dans le domaine de la taxation minimale des produits énergétiques
- III. Extension progressive du champ d'action des coopérations renforcées à la PESC et aux questions de défense
 - A. Dans les traités
 - B. Dans la Constitution européenne

CHAPITRE 4. — CONDITIONS PRÉALABLES AU DÉCLENCHEMENT DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES : « MASSE CRITIQUE », « DERNIER RESSORT » ET DÉLIMITATION DE LEUR OBJET

- I. Condition dite de la « masse critique »
- II. Condition dite du « dernier ressort » et délimitation de l'objet de la coopération renforcée envisagée
 - A. Dans les traités
 - B. Interprétation de la condition du dernier ressort dans les avis des services juridiques du Conseil et de la Commission relatifs à une coopération renforcée envisagée dans le domaine de la taxation minimale des produits énergétiques
 - C. Dans la Constitution européenne

CHAPITRE 5. — DÉCLENCHEMENT DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES ET PARTICIPATION ULTÉRIEURE DES AUTRES ÉTATS MEMBRES : PROCÉDURES ET CONDITIONS DE PARTICIPATION

- I. Procédure d'autorisation initiale et désignation des États participants
 - A. Dans les traités
 - 1. *Suppression progressive du droit de veto*
 - 2. *Évolution progressive du rôle de la Commission et du Parlement européen*
 - B. Dans la Constitution européenne
 - 1. *Procédure générale et procédure propre à la PESC*
 - 2. *Procédure de déclenchement particulière dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale*
- II. Procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres
 - A. Dans les traités
 - B. Dans la Constitution européenne
- III. Principe d'ouverture et conditions de participation aux coopérations renforcées
 - A. Dans les traités
 - B. Dans la Constitution européenne

CHAPITRE 6. — CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

- I. Compétence de la Cour de justice à l'égard du régime « constitutionnel » des coopérations renforcées
 - A. Dans les traités
 - 1. *Compétence à l'égard des dispositions propres à chaque pilier*
 - 2. *Compétence à l'égard des dispositions communes aux trois piliers (titre VII du TUE)*
 - B. Dans la Constitution européenne
- II. Questions particulières relatives au contrôle juridictionnel des actes relatifs aux coopérations renforcées

CHAPITRE 7. — ESSAI SUR LA NATURE JURIDIQUE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

- I. Relations entre les coopérations renforcées et les États membres non participants
- II. Nature juridique des coopérations renforcées et de leur acquis

CHAPITRE 8. — APPORTS DU TRAITÉ DE NICE ET DE LA CONSTITUTION EUROPÉENNE POUR RENDRE LE MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE PLUS ATTRACTIF ET PLUS OPÉRATIONNEL — SYNTHÈSE

- I. Apports dans la forme : simplification et clarification du régime juridique
- II. Apports sur le fond : assouplissement des limitations
 - A. Extension des compétences potentielles des coopérations renforcées
 - B. Assouplissement de la phase de déclenchement
 - C. Adaptation du principe d'ouverture dans la Constitution européenne
 - D. Renforcement de l'autonomie des coopérations renforcées dans la Constitution européenne

TITRE II. —

PRÉCURSEUR ET SUCCESSEUR DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE : LE PROTOCOLE SOCIAL DE MAASTRICHT ET LA COOPÉRATION STRUCTURÉE PERMANENTE EN MATIÈRE DE DÉFENSE

INTRODUCTION

CHAPITRE 9. — LA COOPÉRATION STRUCTURÉE PERMANENTE ET AUTRES FORMES DE COOPÉRATION DIFFÉRENCIÉE EN MATIÈRE DE DÉFENSE

- I. Du traité de Maastricht au traité de Nice
- II. Diverses formes de coopération différenciée dans la Constitution européenne
- III. La coopération structurée permanente
 - A. La coopération « structurée » dans le projet issu de la Convention européenne

B. La coopération « structurée permanente » dans la Constitution européenne

1. *Objet de la coopération structurée permanente*
2. *Conditions de participation et formation de la coopération structurée permanente*
3. *Fonctionnement de la coopération structurée permanente*
4. *Procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres*
5. *Contrôle juridictionnel*
6. *Statut des opérations conduites par la coopération structurée permanente*

VI. Comparaison de la coopération structurée permanente avec le mécanisme de la coopération renforcée dans le domaine de la PESC

A. Comparaison du dispositif de la Constitution européenne avec le projet de la Convention européenne du point de vue de leur caractère « inclusif »

B. Comparaison : synthèse

CHAPITRE 10. – LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » ISSUE DU PROTOCOLE SOCIAL DE MAASTRICHT

I. Fonctionnement de la coopération renforcée en matière sociale

II. Objet de la coopération renforcée en matière social

III. Formation de la coopération renforcée en matière sociale et participation ultérieure

IV. Statut du protocole social, de l'Accord social et de son acquis

TITRE III. —

LA PRATIQUE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES AU SEIN DE L'ESPACE DE LIBERTÉ, SÉCURITÉ ET JUSTICE

INTRODUCTION

CHAPITRE 11. — DES ACCORDS DE SCHENGEN A L'ESPACE DE LIBERTÉ, SÉCURITÉ ET JUSTICE

I. Signature et contenu des accords de Schengen

II. Entrée en vigueur et conditions préalables à l'application pleine et effective des accords de Schengen

III. Articulation des accords de Schengen avec le titre VI du TUE issu *post* Maastricht

CHAPITRE 12. — LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES RELATIVES À L'ACQUIS DE SCHENGEN

- I. La « coopération renforcée » préétablie relative à l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union
 - A. Formation et objet de la coopération renforcée « Schengen intégré »
 - B. Participation ultérieure à la coopération renforcée « Schengen intégré »
 - C. Les changements effectués dans la Constitution européenne

- II. Coopération(s) renforcée(s) « réputée(s) autorisée(s) » pour le développement ultérieur de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union
 - A. Statut des non participants (éventuels) : le Royaume-Uni et le Danemark
 - B. Statut spécial d'un non participant partiel : le Danemark
 - C. Les coopérations renforcées « développement de Schengen » dans la pratique
 1. *Les coopérations renforcées effectives*
 2. *Le champ d'application des actes issus des coopérations renforcées « développement de Schengen » : préambule et formule finale*
 - D. Les changements effectués dans la Constitution européenne

- III. Application différenciée de certains aspects de l'article 14 du TCE au Royaume-Uni et à l'Irlande

CHAPITRE 13. — « COOPÉRATIONS RENFORCÉES » *MUTATIS MUTANDIS* DANS LE CADRE DU NOUVEAU TITRE IV DU TCE

- I. Statut des non participants (éventuels) : le Royaume-Uni et l'Irlande
- II. Statut du non participant: Danemark
- III. Les coopérations renforcées *mutatis mutandis* dans la pratique
- IV. Les changements effectués dans la Constitution européenne

CHAPITRE 14. — RELATIONS « EXTÉRIEURES » DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES DANS L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET JUSTICE

- I. Elargissement de l'Union et de ses coopérations renforcées au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice

- II. Relations extérieures des coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen
 - A. Association de l'Islande et de la Norvège (Accord du 18 mai 1999)
 - B. Association de la Suisse (Accord du 25 juin 2004)

III. Relations extérieures des coopérations renforcées *mutatis mutandis* « non Schengen » dans le cadre du titre IV du TCE

- A. Association de l'Islande et de la Norvège au régime de détermination de l'État responsable du droit d'asile et au système EURODAC
- B. Les accords de réadmission
- C. Autres accords d'association plus vastes

IV. Relations « extérieures » des coopérations renforcées avec certains de ses Etats membres non participants : les accords parallèles de la Communauté avec le Danemark

CHAPITRE 15. — SYNTHÈSE

- I. Un espace à géométrie variable et à la carte complexe
- II. La pratique des coopérations renforcées dans l'espace de liberté, sécurité et justice à l'aune du mécanisme général de la coopération renforcée
- III. Compétence de la Cour de justice différenciée dans le troisième pilier

DEUXIÈME PARTIE :

LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE

INTRODUCTION

TITRE I. — DES ORIGINES DE L'UEM A LA TROISIÈME PHASE DU TRAITÉ DE MAASTRICHT

CHAPITRE 16. — LES ORIGINES DE L'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE

- I. Du Sommet de La Haye au Serpent monétaire
- II. Le rapport Tindemans
- III. Le système monétaire européen
- IV. Le Comité Delors et la Conférence intergouvernementale sur l'UEM

CHAPITRE 17. — PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES DISPOSITIONS RELATIVES À L'UEM DANS LES TRAITÉS

- I. Dans le TCE
- II. Dans la Constitution européenne

CHAPITRE 18. — LES DEUX PREMIÈRES PHASES DE L'UEM COMMUNES À TOUS LES ÉTATS MEMBRES

TITRE II. — LA TROISIÈME PHASE DE L'UEM : « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE

CHAPITRE 19. — DÉCLENCHEMENT DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » ET PARTICIPATION ULTÉRIEURE : PROCÉDURES ET CONDITIONS DE PARTICIPATION

- I. Procédure de déclenchement de la troisième phase et formation de la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté la monnaie unique
- II. Procédure relative à l'adoption ultérieure de la monnaie unique par les autres États membres
- III. Conditions de participation à la monnaie unique : nature des critères de convergence
- IV. Élargissement de l'Union et de la zone euro

CHAPITRE 20. — PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU CADRE CONSTITUTIONNEL DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » ET STATUT DES NON PARTICIPANTS

TITRE III. — AMÉNAGEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE DES ÉTATS MEMBRES QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE

CHAPITRE 21. — AMÉNAGEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » AU SEIN DU CADRE COMMUNAUTAIRE

- I. Différenciation du champ d'application « interétatique » de certaines dispositions du TCE et de certaines bases juridiques concernant la législation complémentaire des statuts du SEBC
 - A. Articles visés par l'article 122, § 3 du TCE et le point 5 du Protocole « britannique »
 - B. Articles visés par l'article 116, § 3, alinéa 2 du TCE ?
 - C. Différenciation du champ d'application de certaines bases juridiques relatives à la législation complémentaire des statuts du SEBC
- II. Aménagements institutionnels au sein du Conseil des ministres

- A. Conseil en formation « réduite » et adaptation de la définition de la majorité qualifiée
 - B. Bases juridiques visées par un vote au conseil en formation « réduite »
 - C. Controverses sur la formation du Conseil dans l'adoption de la législation complémentaire des statuts du SEBC
 - 1. *Règlement n° 2532/98 du Conseil concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions*
 - 2. *Règlement n° 2531/98 concernant l'application de réserves obligatoires par la BCE (et Règlement n° 1010/2000 relatif aux appels supplémentaires d'avois de réserve de change)*
 - 3. *Précédents similaires sans controverse (inaperçus ?) : décision 98/415/CE et règlement n° 975/98*
- III. Champ d'application « interétatique » des actes du Conseil adoptés dans le cadre de la troisième phase de l'UEM
- A. Différenciation matérielle du dispositif interétatique des actes du Conseil
 - 1. *Le pacte de stabilité et de croissance*
 - 2. *Les grandes orientations des politiques économiques*
 - B. Différenciation du champ d'application « interétatique » des actes du Conseil : différenciation matérielle *versus* différenciation formelle
 - 1. *Référence générale au statut particulier des non participants*
 - 2. *Les règlements (ou décisions) sont « directement applicables dans tout État membre »*
 - 3. *Les règlements sont directement applicables « dans les États membres conformément au TCE »*
 - 4. *Clauses générales de différenciation matérielle*
- IV. Synthèse des aménagements au sein du cadre communautaire et appréciation critique
- A. Dialectique entre la formation « réduite » du Conseil et le champ d'application différencié des bases juridiques du traité
 - B. « Fondements » constitutionnels de la différenciation « matérielle » du champ d'application des actes du Conseil
 - C. Dialectique entre la différenciation « matérielle » et la différenciation « formelle » du champ d'application des actes du Conseil
 - D. Tableaux de synthèse
 - E. Appréciation critique
- V. Coopération des États qui ont adopté l'euro en marge du cadre communautaire : l'*Eurogroupe*

- VI. Les nouveaux aménagements effectués dans la Constitution européenne
 - A. Nouvelles bases juridiques soumises au Conseil en formation « réduite »
 - B. Définition du Conseil statuant en formation « réduite » et adaptation du vote à la majorité qualifiée
 - C. Le protocole sur l'*Eurogroupe*
 - D. Évaluation des aménagements de la Constitution

CHAPITRE 22. — AMÉNAGEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » AU SEIN DU SYSTÈME EUROPÉEN DES BANQUES CENTRALES (SEBC)

- I. Différenciation du champ d'application « interétatique » de certaines dispositions des statuts du SEBC
 - A. Vue d'ensemble
 - B. Liste des dispositions des statuts en fonction de leur champ d'application « interétatique »
- II. Aménagements institutionnels au sein du SEBC : le Conseil des gouverneurs, le Directoire et le Conseil général
- III. Champ d'application « interétatique » des actes de la BCE
 - A. Les règlements de la BCE
 - B. Les décisions de portée générale de la BCE (« *Beschluss* »)
 - 1. *Différenciation matérielle des décisions de la BCE*
 - 2. *Les décisions « uniformes » de la BCE*
 - C. Les orientations de la BCE
 - D. Les recommandations de la BCE
- IV. Synthèse des aménagements au sein du SEBC
 - A. Dialectique entre les arrangements institutionnels du SEBC et le champ d'application différencié des bases juridiques des statuts du SEBC
 - B. Fondements constitutionnels de la différenciation du champ d'application des actes de la BCE
 - C. Dialectique entre la différenciation « formelle » et la différenciation « matérielle » du champ d'application des actes du SEBC
 - D. Tableaux de synthèse

**TITRE IV. — RELATIONS « EXTÉRIEURES »
DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE DES ÉTATS MEMBRES
QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE**

**CHAPITRE 23. — RELATIONS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE »
AVEC LES ÉTATS TIERS**

- I. Régime général : article 111 du TCE
- II. Statut particulier de certains États membres de la zone euro

**CHAPITRE 24. — RELATIONS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE »
AVEC LES ÉTATS MEMBRES NON PARTICIPANTS A LA MONNAIE
UNIQUE : MTC 2 ET TARGET**

- I. Le nouveau mécanisme de taux de change (MTC 2)
- II. Le « système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel » (TARGET)

**TITRE V. — CONTRÔLE JURIDICTIONNEL RELATIF
À LA COOPÉRATION RENFORCÉE DES ÉTATS MEMBRES
QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE**

**CHAPITRE 25. — Contrôle juridictionnel relatif à la désignation des
participants**

**CHAPITRE 26. — Contrôle juridictionnel relatif à la mise en œuvre de la
troisième phase de l'UEM**

***REMARQUES FINALES. — PORTÉE DU CADRE COMMUN
DE L'UEM DIFFÉRENCIÉE***

- I. Union économique
- II. Union monétaire
- III. Sens des aménagements institutionnels du cadre commun : du caractère transitoire de l'UEM à l'intention réelle des États membres non participants
- IV. Limites d'une UEM différenciée au sein d'un cadre institutionnel commun : réflexions de R. Smits sur les cercles concentriques d'intégration comme solution alternative

PARTIE FINALE . —

**QUEL MODÈLE D'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE
POUR L'UNION EUROPÉENNE ?**

**TITRE I. — DE LA COMPARAISON DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES
À LA CATÉGORISATION DE L'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE**

INTRODUCTION

**CHAPITRE 27. — COMPARAISON DU MÉCANISME DE LA
COOPÉRATION RENFORCÉE ET DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES
«PRÉDÉTERMINÉES»**

- I. Fonctionnement et aménagements institutionnels des coopérations renforcées
- II. Procédure de déclenchement, formation du cercle des premiers participants et conditions éventuelles de participation
- III. Objet des coopérations renforcées
- IV. Participation ultérieure aux coopérations renforcées
- V. Principe d'ouverture et conditions de participation
- VI. Relations « extérieures » des coopérations renforcées
 - A. Relations extérieures avec des États tiers
 - B. Relations « extérieures » des coopérations renforcées avec des États membres non participants
- VII. Nature juridique des coopérations renforcées et de leur acquis
 - A. « Cadre commun » *versus* autonomie des coopérations renforcées
 - B. Nature de « l'acquis » des coopérations renforcées
- VIII. Relativisation de la distinction entre les coopérations renforcées « potentielles » issues du mécanisme général et les coopération renforcées « prédéterminées » : synthèse
 - A. Relativité de la distinction entre le mécanisme général de la coopération renforcée et les coopérations renforcées prédéterminées
 - B. Relativité de la catégories des coopérations renforcées prédéterminées

CHAPITRE 28. — ESSAI SUR LA CATÉGORISATION DE LA DIFFÉRENCIATION

- I. Appréciation des tentatives antérieures de catégorisation
- II. De la différenciation aux coopérations renforcées : définition et catégorisation
- III. Catégorisation de la technique d'abstention constructive dans la PESC

TITRE II. — PERSPECTIVES DU MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE

CHAPITRE 29. — UN MÉCANISME « NI CHAIR NI POISSON » : D'UNE LOGIQUE D'EFFICACITÉ DÉCISIONNELLE À UNE LOGIQUE DE DIFFÉRENCIATION STRUCTURELLE

- I. Logique de « différenciation structurelle »
- III. Logique d' « efficacité décisionnelle »
- III. Technique de mise en œuvre au nom de l'Union
- IV. Chair ou poisson ? Approfondissement des logiques sous-jacentes au mécanisme de la coopération renforcée
 - A. Approfondissement de la logique d'«efficacité décisionnelle » : abstention constructive et autres instruments de différenciation liés au vote à l'unanimité
 - 1. *Variantes sur le mode de l'abstention constructive sans droit de veto*
 - 2. *Clause de sauvegarde relative aux accords externes conclus dans le cadre des piliers intergouvernementaux*
 - 3. *Entrée en vigueur différenciée des conventions adoptées dans le cadre du troisième pilier*
 - B. Approfondissement de la logique de « différenciation structurelle » : synthèse des avantages coopérations renforcées « prédéterminées » et réforme du mécanisme général

CHAPITRE 30. — DOMAINES SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UNE COOPÉRATION RENFORCÉE SUR BASE DU MÉCANISME GÉNÉRAL

- I. Précédents et perspectives
- II. Citoyenneté et espace de liberté, de sécurité et de justice
- III. Politique étrangère et de sécurité commune

- IV. Union économique et monétaire
 - A. Une coopération renforcée dans le cadre d'activités connexes conduites en marge des traités : l'*Eurogroupe* et le MTC 2
 - 1. *Une coopération renforcée pour rapatrier ou formaliser l'Eurogroupe ?*
 - 2. *Une coopération renforcée pour communautariser le MTC 2 ?*
 - B. Coopération renforcée dans le cadre de l'UEM : pacte de stabilité et de croissance, législation complémentaire des statuts du SEBC, et contrôle prudentiel
 - 1. *Pacte de stabilité et de croissance*
 - 2. *Coopération renforcée dans le cadre de la législation complémentaire des statuts du SEBC*
- V. Autres domaines à l'unanimité et « passerelles » spécifiques

CHAPITRE 31. — ARTICULATION DU MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE AVEC LES COOPÉRATIONS INTERGOUVERNEMENTALES EN DEHORS DE L'UNION

- I. Régime général des coopérations hors Union
- II. Exemple du traité de Prüm
- III. Encadrement minimal des coopérations hors Union
- IV. Adaptation du régime des coopérations hors Union au regard du mécanisme de la coopération renforcée
- V. Des coopérations hors Union aux coopérations renforcées « prédéterminées » : instruments au service de la dynamique de l'intégration

TITRE FINAL . — DE LA SUBSIDIARITÉ À L'AVANT-GARDE

CHAPITRE 32. — DE LA SUBSIDIARITÉ AUX COOPÉRATIONS RENFORCÉES

- I. Les coopérations renforcées et la subsidiarité différenciée
- II. Coopérations renforcées : un nouveau type de subsidiarité ?

CHAPITRE 33. — DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES À L'AVANT-GARDE

- I. Vers un modèle rationalisé de cercles d'intégration 'intersectés' : les nouvelles « *Communautés européennes* » ?
- II. Vers une avant-garde ?
- III. Vers une « *Communauté politique européenne* » : comment réaliser l'avant-garde ?

- A. Une avant-garde prédéterminée au sein de l'Union (dans un 'traité commun') ?
- B. Entrée en vigueur partielle d'un nouveau traité de révision ('un traité dans le traité') ?
- C. Une avant-garde en dehors de l'Union ('un traité parallèle') ?
- D. Séparation

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le mécanisme de la coopération renforcée est apparu comme la grande nouveauté institutionnelle du traité signé à Amsterdam le 1er Novembre 1997. Il permettrait, lorsqu'une action ne peut aboutir avec la participation de tous les États membres, qu'un certain nombre d'entre eux qui le souhaitent puissent aller de l'avant tout en demeurant dans le cadre institutionnel de l'Union. Seuls, toutefois, les États participants prendraient part au vote au sein du Conseil, pour adopter des décisions qui ne s'appliqueraient qu'à eux et dont la charge financière (autre que les coûts administratifs) leur incomberait.

Le concept de « coopération renforcée » trouve son origine directe dans une lettre conjointe du Chancelier Kohl et du Président Chirac adressée en décembre 1995 au Conseil européen de Madrid, à la veille de l'ouverture de la CIG conduisant au traité d'Amsterdam ⁸. Avec la complicité récurrente de l'un ou l'autre pays du Benelux ⁹, l'axe franco-allemand a continué de jouer un rôle central dans le développement de ce concept, un développement qui s'est poursuivi lors de la CIG conclue sous présidence française à Nice, puis encore lors des travaux de la Convention européenne et de la CIG qui a adopté le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il reste qu'à ce jour, près de quatre ans après l'entrée en vigueur du traité de Nice, même si le recours au mécanisme a été envisagé à plusieurs reprises ¹⁰, il n'a jamais été utilisé en tant que tel. De sorte que, c'est la raison d'être même de ce mécanisme qui pose encore question.

La négociation des dispositions du traité d'Amsterdam sur les coopérations renforcées s'inscrit dans un débat plus large sur le rôle de la *différenciation* – ou encore de la *flexibilité* – dans le processus d'intégration. Un débat qui remonte aux années '80 ¹¹. La thématique trouve sans doute sa première expression dans un discours de Willy

⁸ . Agence Europe, n° 6623, 9 décembre 1995.

⁹ . V. notamment le *Memorandum* de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg en vue de la Conférence intergouvernementale, du 7 mars 1996.

¹⁰ . V. Chapitre 30.

¹¹ . Sur l'évolution du débat politique et théorique de la « flexibilité », v. l'excellente synthèse réalisée par A. Stubb, précité, 2002, pp. 34 à 42, ainsi que l'annexe 1, p. 169 et s. V. aussi la bibliographie annexée à la fin de notre ouvrage (« Les précurseurs »).

Brandt devant le mouvement européen à Paris en 1974 ¹², puis dans le rapport sur l'Union européenne effectué en 1975 sous l'égide de M. Tindemans. En cause, semble-t-il, déjà les premiers problèmes liés à l'adhésion récente du Royaume-Uni ¹³.

L'« approche nouvelle » suggérée dans le rapport Tindemans préfigurait la notion d'intégration à *plusieurs vitesses*, et concernait potentiellement tous les domaines d'activité de l'Union ¹⁴. Willy Brandt se référait quant à lui au concept d'*Abstufung der Integration* (« la graduation de l'intégration »). Dans les deux cas, les objectifs demeuraient communs à tous les États membres qui devaient converger progressivement vers des régimes unifiés. Ralf Dahrendorf, ancien Commissaire européen ¹⁵, préfigurait quant à lui, dans une contribution retentissante, l'Europe à la *carte* que John Major devait appeler de ses vœux une dizaine d'année plus tard, tandis que le Commissariat général du plan français plaidait déjà pour une Europe à *géométrie variable* ¹⁶. Ici aussi, l'adhésion en vue de la Grèce, puis de l'Espagne et du Portugal n'y est sans doute par pour rien. La perspective de la négociation de l'Acte unique semble également avoir ravivé le question. Ainsi le rapport du Comité Dooge y voyait non seulement un moyen de faciliter le processus de décision ¹⁷, mais aussi celui de la négociation de l'Acte Unique lui-même ¹⁸, tandis qu'Altiero Spinelli préconisait la possibilité d'une entrée en vigueur différenciée de son projet de traité constitutionnel sur l'Union européenne et entrevoyait une technique *d'opt-out* dans le

¹² . W. Brandt, « Rede des Vorsitzenden der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, Willy Brandt, vor der Organisation Française du Mouvement Européen in Paris am 19. Nov. 1974 (Auszüge) », *Europa-Archiv*, 1975, Folge 2, S. D., 33-8.

¹³ . En ce sens, v. J.V. Louis, qui évoque notamment le blocage de l'harmonisation de la législation bancaire ainsi que le droit européen des sociétés (« Post-Scriptum : From Differentiation to the 'Avant-garde' », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 379).

¹⁴ . Nous reviendrons sur le rapport Tindemans dans le contexte de l'Union économique et monétaire, v. Chapitre 16, section II.

¹⁵ . R. Dahrendorf, *A Third Europe?*, Third Jean Monnet Lecture, Florence, European University Institute, 26 November 1979. Ralf Darendorf, de nationalité allemande et britannique, était aussi directeur de la London School of Economics.

¹⁶ . Commissariat général du plan, *L'Europe les vingt prochaines années. Préparation du VIIIe plan 1981-1985*, La Documentation française, Paris, 1980.

¹⁷ . « en vue de faciliter la mise en œuvre de certaines décisions, utilisation, dans des cas exceptionnels, de la méthode de la différenciation de la règle communautaire, à condition que cette différenciation soit limitée dans le temps, fondée uniquement sur des considérations économiques et sociales, et respecte le principe de l'unité budgétaire »

¹⁸ . A. Stubb, précité, 2002, p. 36.

processus législatif ¹⁹. A la même époque, l'on constate aussi un regain de la littérature académique sur la question, qui a produit les premiers travaux importants ²⁰, avec notamment une proposition qui préfigure de façon étrangement visionnaire le mécanisme coopération renforcée, fût-ce au cas par cas ²¹.

Le débat fut relancé fin 1994, dans la perspective de l'élargissement de l'Union à venir, avec la conséquence de devoir gérer une hétérogénéité toujours croissante en son sein. Ainsi, le premier ministre français E. Balladur proposa d'organiser l'Europe en différents cercles concentriques d'intégration ²², les parlementaires de la CDU/CSU guidés par K. Lammers et W. Schaüble évoquèrent l'idée d'un noyau dur ²³, tandis que l'ancien premier ministre britannique J. Major, sans doute motivé par d'autres raisons, prônait une Europe à la carte ²⁴.

Le contexte des négociations du traité d'Amsterdam, c'est à l'évidence aussi le non lointain traité de Maastricht qui avait programmé la monnaie unique au sein d'un cercle plus restreint et avait concédé une exemption générale au Royaume-uni en matière sociale. Ces précédents ont fort probablement suscité la réflexion sur un système de portée générale permettant d'arriver au même résultat dans d'autres

¹⁹ . Nous reviendrons plus loin sur les articles 82 et 35, respectivement, du projet Spinelli.

²⁰ . Interdisciplinaire studiegroep europese integratie, *A Two-Tier Community ?*, Reports of the TEPSA Conference on prospects for a two-tier system for the European Communities, Scheveningen, June 1979; E. Grabitz, (ed.), *Abgestufte Integration. Eine Alternative zum herkömmlichen Integrationskonzept ?* Ergebnisse eines Forschungsprojektes des Institut für Integrationsforschung der Stiftung Europa-Kolleg Hamburg, Kehl am Rhein/Straßburg, N.P. Engel Verlag, 1984 ; C.-D., Ehlermann, « How Flexible is Community Law ? An Unusual Approach to the Concept of 'Two Speeds' », *Michigan Law Review*, 1984, 1274-1293; J.J. Feenstra, K..J. Mortelmans, *Gedifferentieerde Integratie en Gemeenschapsrecht: Institutioneel- en Materieelrechterlijke Aspecten*, Europa Instituut, Rijksuniversiteit Utrecht, 's-Gravenhage, Staatsuitgeverij, 1985 ; H. Wallace, A. Ridley, *Europe : The Challenge of Diversity*, The Royal Institute of International Affairs, London/Boston/Henley, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1985 ; Institut d'études européennes, Université Libre de Bruxelles, *L'intégration différenciée*, Presses universitaires de Bruxelles, 1986.

²¹ . V. C. Trojan « Gedifferentieerde integratie en her communautaire beleid » in Asser Instituut Colloquium Europees Recht, *Gedifferentieerde Integratie in de Europese Gemeenschappen*, Interuniversitair Instituut voor Internationaal Recht, XIV Zitting—1984, 's Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1985, pp. 91 à 95 (sur cette proposition des deux 'étages', v. aussi F. Tuyschaever, précité, 1999, p. 235).

²² . E. Balladur, « Pour un nouveau traité de l'Élysée », *Le Monde*, 30 novembre 1994. V. aussi l'article publié dans *Le Figaro* du 30 août 1994.

²³ . « Kern Europa » in Document du groupe parlementaire CDU/CSU du Parlement allemand (*Bundestag*) sur l'avenir de l'unification européenne, "Réflexions sur la politique européenne", *Europe Documents*, n° 1895/96, 7 septembre 1994.

domaines, sans devoir chaque fois passer par une conférence intergouvernementale pour réviser les traités. La réflexion était pareillement alimentée par la perspective de rapatrier dans l'Union l'acquis issu des accords de Schengen qu'avaient bâti certains États membres en dehors de son cadre institutionnel. C'est d'ailleurs le traité d'Amsterdam lui-même qui s'est référé pour la première fois à une « coopération renforcée » fût-ce de façon particulière et dérogatoire au régime général établi dans le même traité, afin précisément d'accueillir et de développer l'acquis de Schengen. Le mandat de la CIG sur la question de la flexibilité reflétait bien cette double préoccupation : il s'agissait d'examiner « *whether and how to introduce rules either of a general nature or in specific areas to enable a certain number of Member States to develop strengthened co-operation* »²⁵.

Il reste que le dispositif de la coopération renforcée résultant des négociations d'Amsterdam a pu surprendre. Les États membres « intégrationnistes » étaient en effet connus pour leurs réticences à l'égard de tout régime pouvant conduire à une *Europe à la carte*. Mais quelque chose avait changé, car cette fois, nous l'avons déjà signalé, ce sont principalement les États « intégrationnistes » qui ont promu l'invention de la coopération renforcée, sous la houlette de la France et de l'Allemagne²⁶. Ceux-ci avaient pris conscience que la flexibilité pouvait être un instrument utile pour éviter le blocage d'un ou deux États membres, ce qui visait surtout à l'époque le Royaume-Uni et le Danemark (voire la Grèce), et plus généralement pour adapter la procédure de décision à l'Union élargie²⁷. En outre, les coopérations renforcées au sein de l'Union demeuraient, à leurs yeux, préférables à celles menées, à l'instar des accords de Schengen, en dehors de son cadre

²⁴ . J. Major, « Europe: A Future that works », William and Mary Lecture, *Europe*, n° 6312, 10 septembre 1994. Sur l'ensemble de ces idées, v. F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union Law*, Oxford, Hart Publishing 1999, p. 33-48.

²⁵ . Cité par Ph. de Schoutheete, « Closer cooperation : Political background and issues in the negotiation » in J. Monar & W. Wessels (eds.), *The European Union after Amsterdam*, Continuum, London and New York, 2001.

²⁶ . Ainsi, B. McDonagh, membre de la délégation de la présidence irlandaise, avait observé : « The positive support for flexibility from several of the players who traditionally defend the community method (...) meant that the most likely natural counterweight to the impulse for flexibility was unlikely to develop » (B. McDonagh, *Original Sin in a Brave New World - An Account of the Negotiation of the Treaty of Amsterdam*, Dublin, Institute for European Affairs, 1998, p. 142, cité par Ph. de Schoutheete, « Closer cooperation : Political background and issues in the negotiation » précité, 2001.

²⁷ . Ph. de Schoutheete, « Closer cooperation : Political background and issues in the negotiation » , précité, 2001. L'auteur mentionne également le besoin de coopérations renforcées pour mettre en oeuvre l'Union économique et monétaire (nous reviendrons sur ce point au Chapitre 30, section IV).

institutionnel, ce qui risquait de se produire de plus en plus souvent ; car dans une Union toujours plus hétérogène, on pouvait craindre un recrudescence de telles coopérations limitées à certains États membres. Cet argument est d'ailleurs resté une constante tout au long du débat sur le sujet.

Au moment de la CIG 2000, la vision franco-allemande fit un pas supplémentaire dans la direction plus radicale proposée par les parlementaires allemands de la CDU/CSU six ans plus tôt, en suggérant que la pratique récurrente de « coopérations renforcées » pourrait préfigurer, tôt ou tard, un « centre de gravité »²⁸ ou un « groupe pionnier »²⁹, au sein ou à côté de l'Union. A la même époque, Jacques Delors développait son idée *d'avant-garde*, tout en doutant du concept des coopérations renforcées³⁰, tandis que Valéry Giscard d'Estaing et Helmut Schmidt proposaient que les « Européens de l'euro » prennent l'initiative de créer une entité plus restreinte avec des institutions propres³¹. Le sujet était donc à la mode, mais on ne peut exclure que d'aucuns cherchaient à mettre une certaine pression au sein de la Conférence intergouvernementale, suite aux insuffisances du traité d'Amsterdam en matière de réformes institutionnelles.

Quatre ans plus tard, cependant, quelques mois avant que la CIG 2003-2004 n'adopte le projet de Constitution préparé par la Convention européenne, cette vision radicale a été ostensiblement abandonnée, tant du côté allemand³² que français³³, pour en

²⁸ . «De la Confédération à la Fédération - réflexion sur la finalité de l'intégration européenne», Discours prononcé par Monsieur Joschka Fischer à l'Université Humboldt de Berlin, le 12 mai 2000 (Traduction du texte distribué à l'avance), <http://www.auswaertiges-amt.de/>.

²⁹ . Discours prononcé par M. Jacques Chirac, Président de la République française, devant le Bundestag. Berlin, Mardi 27 juin 2000, http://www.elysee.fr/rech/rech_.htm.

³⁰ « Jacques Delors critique la stratégie d'élargissement de l'Union », *Le Monde*, 19 janvier 2000.

³¹ . *Le Figaro* du 10 avril, « La leçon d'Europe » (BQE, 17 et 18 avril 2000).

³² . V. les interviews de J. Fischer accordés au *Berliner Zeitung* du 28 février 2004, et au *Frankfurt Allgemeinen Zeitung* du 6 mars 2004. Le ministre des affaires étrangères allemand y reconnaît que l'idée d'un noyau dur européen, émise à l'Université *Humboldt* en mai 2000, est dépassée. Selon lui, une nouvelle dimension stratégique de l'Union européenne, apparue suite à la chute du mur de Berlin et aux attentats du 11 septembre 2001, requiert au contraire une grande Europe. http://www.auswaertiges-amt.de/www/fr/archiv_print?archiv_id=5462 et http://auswaertiges-am.de/www/fr/archiv_amt.de/www/fr/archiv_print?archiv_id=5441

³³ . V. le discours du Président de la République française devant le Parlement hongrois, le 24 février 2004. J. Chirac indique que l'Europe des 25 constitue le cadre naturel de l'action de l'Union et rejette ainsi une Europe « à deux vitesses ».

revenir à une approche plus pragmatique des coopérations renforcées ³⁴. Jacques Chirac ne parle plus d'*un* groupe pionnier, mais *des groupes pionniers*, tout en soulignant le caractère dynamique et non exclusif des coopérations renforcées. L'euro et l'espace Schengen sont cités en exemple comme modèles pour d'autres domaines tels que la coordination des politiques économiques au sein de la zone euro, un « véritable » (*sic*) espace de sécurité et de justice, la politique étrangère et la politique de la défense. Nous aurons l'occasion de voir comment le traité constitutionnel a une nouvelle fois aménagé le mécanisme général de la coopération renforcée, précisément dans cette optique.

C'est à nouveau une crise, celle qu'a provoquée l'interruption du processus de ratification du traité constitutionnel suite aux référendums négatifs en France et au Pays-Bas, qui a ravivé l'idée de l'Europe à plusieurs vitesses, à plusieurs niveaux ou encore à géométrie variable, sans reprendre ici tous les vocables se référant à l'intégration différenciée. L'exemple le plus symptomatique réside dans le manifeste du premier ministre belge, Guy Verhofstadt, en faveur d'une Europe plus restreinte, les Etats-Unis d'Europe, aux côtés ou au centre d'une large Union européenne ³⁵.

* *
*
*
*

Nous reviendrons plus en détail, au terme de cette étude, sur les diverses façons d'organiser l'Union européenne en deux ou plusieurs cercles d'intégration, notamment en faisant la synthèse des modèles que suggèrent *les* diverses coopérations renforcées que nous allons examiner.

Car cette étude ne se limite pas à l'analyse du mécanisme général de la coopération renforcée (Première Partie, Titre I). Elle couvre également la pratique de « coopérations renforcées » procédant de régimes différenciés « prédéterminés » dans

³⁴ . On observera, sans y voir nécessairement de relation de cause à effet, que l'on se situe deux mois à peine après l'échec de la CIG au Conseil européen de Bruxelles de décembre 2003. Il est possible qu'il fallait, à ce moment, concentrer son énergie sur la reprise et l'aboutissement des négociations sur le projet de Constitution élaboré par la Convention européenne, plutôt que d'envisager une alternative radicale telle que l'idée du noyau dur.

³⁵ . Guy Verhofstadt, *Les Etats-Unis d'Europe*, Editions Luc Pire, Bruxelles, 2006.

les traités : celui de la monnaie unique, celui de l'espace Schengen, celui du protocole social de Maastricht, et demain peut-être en matière de défense, avec la « coopération structurée permanente ». Nous parlerons dorénavant à cet égard de coopérations renforcées « prédéterminées ». Bien que ce concept soit le fruit de la comparaison de ces différents régimes, il est utile d'en donner déjà une première définition pour mieux comprendre le sens de notre démarche.

Les coopérations renforcées « prédéterminées » sont celles qui couvrent un ensemble cohérent d'une politique, et dont l'objet est cerné de façon plus ou moins précise par le traité. Elles sont, si pas directement créées par le traité, à tous le moins programmées selon des modalités prévues par celui-ci, ce qui contraste avec le caractère abstrait et potentiel du mécanisme de la coopération renforcée. Elles se caractérisent par une différenciation effective dans la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres ainsi que dans l'application d'un certain nombre de règles matérielles inscrites au niveau des traités. Ces règles matérielles et de compétence différenciées correspondent finalement à l'objet des coopérations renforcées prédéterminées. Les États y participant sont soit désignés d'emblée, soit déterminables en fonction de critères objectifs ou de conditions objectives de participation fixées par le traité qui attestent de la capacité ou de la volonté réelle d'y appartenir.

Nous nous pencherons d'abord sur le précurseur et sur le successeur de la « coopération renforcée » (Première Partie, Titre II). Dans le premier cas, il s'agit de l'Accord sur la politique sociale annexé au protocole social du traité de Maastricht. Cet accord a donné lieu aux premiers actes adoptés par le Conseil en formation « réduite », c'est-à-dire en excluant un État membre du droit de vote, en l'occurrence le Royaume-Uni, lequel n'était par conséquent pas lié par lesdits actes. Dans le second cas, il s'agit de la « coopération structurée permanente » en matière de défense telle qu'elle est organisée par la Constitution européenne, et qui représente en quelque sorte une nouvelle génération de coopération renforcée, au caractère plus exclusif, et aussi davantage « prédéterminé » que le mécanisme général.

Nous aborderons ensuite d'autres coopérations renforcées « prédéterminées » (ou plutôt quasi « prédéterminées » pour ce qui est du développement futur de l'acquis de

Schengen), celles qui opèrent au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice (Première Partie, Titre III). Car nous l'avons déjà évoqué, c'est à propos de l'intégration et du développement de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union que l'on a pour la première fois eu recours au concept de « coopération renforcée », fût-ce de façon dérogatoire au régime général, notamment quant au mode de création. De la sorte, toutefois, il est vrai que le régime général de la coopération renforcée ne s'applique qu'à titre résiduel par rapport au « protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne ». Les coopérations renforcées existent donc bel et bien, contrairement à ce qu'on entend souvent dire, même si seuls un à trois États membres sont susceptibles de ne pas en faire partie : le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark. Elles sont même relativement nombreuses dès lors qu'elles concernent en général des actes ponctuels. Nous verrons que ce sont aussi des « coopérations renforcées » qui, par analogie, sont amenées à mettre en œuvre le titre IV du TCE relatif à la circulation des personnes non ressortissantes de l'Union (notamment en matière d'asile et d'immigration). Le cas échéant, le Royaume-Uni, l'Irlande et/ou le Danemark n'y prennent en effet pas part.

Le cas de l'Union économique et monétaire, qui constitue aussi en quelque sorte un précurseur de la coopération renforcée, fera l'objet d'une attention particulière. Toute la Deuxième Partie de cette étude y sera consacrée. Certes, les analyses ne manquent pas sur le sujet, mais plus on en prend connaissance, plus elles suscitent la curiosité et soulèvent des interrogations. En soi, la matière de l'UEM est déjà difficile à appréhender, notamment de par sa haute technicité. Mais la façon dont la différenciation des États membres a été conçue, en principe sous la forme d'un régime transitoire, puis mise en œuvre dans la pratique, s'avère également particulièrement complexe, et à l'analyse, souvent peu cohérente. Surtout, ainsi que le soulignent P. Vigneron et M. Mollica, « ... *les aspects institutionnels et légaux de la mise en oeuvre de la troisième phase de l'UEM sont loin d'être unanimement perçus et acceptés et trahissent les velléités sous-jacentes de certains États membres, qui ont choisi de se tenir à l'écart de ce processus, de ne pas être relégués à une position qui pourrait être perçue comme subalterne* »³⁶. C'est pourquoi nous avons pris le risque d'essayer de mener une analyse juridico-institutionnelle systématique et critique du dispositif de

différenciation dans le cadre de l'UEM que l'on assimilera pour la cause à une « coopération renforcée », celle des États membres qui ont adopté l'euro.

L'étude de chacune de ces coopérations renforcées « prédéterminées » permet de comprendre comment elles fonctionnent ou ont fonctionné (ou encore comment elles fonctionneront, s'agissant de la coopération structurée permanente) dans la pratique, et plus particulièrement dans la pratique législative ; et quelles sont les incidences de ces coopérations renforcées sur la structure constitutionnelle de l'Union. Il s'agit là d'un premier résultat en soi de notre recherche, mais qui forme aussi la base d'analyse pour d'autres résultats que nous synthétiserons dans la partie finale de notre étude.

* *

*

Le premier de ces résultats réside dans la comparaison, d'une part entre le mécanisme général de la coopération renforcée et les coopérations renforcées « prédéterminées », d'autre part entre les différentes coopérations renforcées « prédéterminées » elles-mêmes (Partie finale, Titre I). Une telle comparaison visera d'abord à démontrer que toutes ces coopérations renforcées sont comparables à bien des égards, qu'elles se ressemblent davantage qu'elles ne diffèrent, de sorte qu'elles méritent toutes la dénomination commune de « coopération renforcée ». La comparaison suggérera par conséquent que la distinction usuelle entre le mécanisme général de la coopération renforcée (*'enabling clause'*) et les coopérations renforcées « prédéterminées » se justifie, ne fût-ce que par commodité pédagogique ³⁷. Mais elle se doit d'être relativisée à bien des égards, tandis que le caractère prédéterminé de certaines coopérations renforcées connaît aussi différents degrés. D'une manière plus générale, une telle comparaison offrira une contribution à la recherche sur la définition et la

³⁶ . P. Vigneron, et M. Mollica, «La différenciation dans l'Union économique et monétaire. Dispositions juridiques et processus décisionnel», *Euredia*, 2000, p. 219.

³⁷ . K. Lenaerts et P. Van Nuffel recourent quant à eux à la notion de « advanced integration », en distinguant d'une part « enhanced cooperation », et d'autre part « Treaty-structured advanced integration » (K. Lenaerts , P. Van Nuffel « Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union », in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Collection des Dossiers de droit européen, Genève, Bâle, Munich/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/L.G.D.J., 2006, p. 245.

catégorisation des différentes formes d'intégration différenciée au sein de l'Union européenne.

Les termes de cette comparaison transversale correspondent, *grosso modo*, aux différentes sections qui, précisément à cet effet, structurent de façon similaire l'analyse du mécanisme de la coopération renforcée et celle des coopérations renforcées prédéterminées. Il s'agit d'abord du fonctionnement des coopérations renforcées et des aménagements constitutionnels qu'elles impliquent : différenciation (effective ou latente) des rapports de compétences, Conseil agissant en formation « réduite », et champ d'application limité des actes qui en sont issus. Nous sommes là au cœur de ce qui caractérise toute coopération renforcée. Il s'agit ensuite du mode de formation des coopérations renforcées et de la définition de leur objet, de la désignation du cercle des premiers participants, des conditions éventuelles de participation, et de la procédure de participation ultérieure des autres États membres, ce qui nous amènera à évaluer la portée du principe d'ouverture qui n'est formellement posé que pour le mécanisme général. Enfin, avant de s'essayer à une synthèse quant à la nature juridique des coopérations renforcées et de leur acquis, on examinera leur incidence sur les relations extérieures de l'Union, ainsi que sur certaines relations d'ordre international qui ont pu s'établir entre les participants et des non participants à une coopération renforcée.

Le régime de la différenciation au sein de l'UEM fera, ici encore, l'objet de développements plus approfondis, car la comparaison avec la coopération renforcée au sens du mécanisme général pourrait surprendre à première vue. On oppose en effet souvent ces deux régimes, ou du moins, on n'en fait pas les rapprochements, notamment à l'occasion des différentes tentatives de catégorisation des techniques de différenciation. Le mécanisme général est vu comme une potentialité à déclencher par une décision d'habilitation (*'enabling clause'*), comme un système de différenciation potentiellement permanent, dont l'acquis, selon les termes du traité de Nice, ne ferait pas partie de l'acquis communautaire, ce qui tendrait à renforcer l'idée de sous-système propre et autonome. Au contraire, la différenciation dans l'UEM est vue comme « prédéterminée » dans les traités et seulement de façon temporaire, flanquée d'un solide cadre commun, et dont l'acquis serait indubitablement de nature communautaire.

Nous souhaiterions montrer, qu'au delà des apparences, ces différences sont à relativiser, là aussi, et que les caractéristiques communes aux deux régimes méritent d'être soulignée. La principale réside sans doute dans les aménagements institutionnels du Conseil statuant en formation « réduite », ainsi que ceux effectués par analogie, quoique avec davantage d'inventivité et de particularités, dans le cadre du Système Européen de la Banque Centrale et des banques centrales nationales (SEBC). Ce sont précisément ces caractéristiques communes qui nous autorisent à recourir à l'expression de « coopération renforcée » pour désigner le groupe des États membres qui ont adopté la monnaie unique lors de la troisième phase de l'UEM, tout comme elles autorisent la comparaison de cette « coopération renforcée » avec la pratique des coopérations renforcées concernant l'acquis de Schengen. A tout le moins, le recours à ce concept, qui n'existait évidemment pas au moment du traité de Maastricht, permet de mettre en évidence ces traits communs, tout comme les différences. Nous constaterons à cet égard que les modifications apportées par le traité constitutionnel aux deux régimes en question sont inspirées par un certain esprit de convergence, une convergence qui pourrait éventuellement être encore davantage approfondie.

En fin de compte, une telle comparaison procure un éclairage mutuel du mécanisme général de la coopération renforcée et de la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté la monnaie unique (ou encore, la coopération renforcée « euro »).

En effet, il serait étonnant (mais pas impossible...) que le régime de différenciation établi dans le cadre de l'UEM, tel qu'il a été conçu dans le traité de Maastricht, ait été totalement ignoré lors de la création du mécanisme général issu du traité d'Amsterdam, lequel pourrait dès lors trouver quelque origine dans le premier (sans oublier le précédent du protocole social dont la durée de vie a cependant été relativement courte). Les choix opérés dans la tentative de généralisation que représente le mécanisme de la coopération renforcée prennent ainsi un jour particulier au regard du dispositif propre à l'UEM. De même, le fonctionnement dans la pratique de la coopération renforcée « euro » donne une idée des questions que cette pratique soulève et des réponses apportées, ce qui ne manque pas d'intérêt dans la perspective

d'une première mise en oeuvre du mécanisme général que l'on attend toujours. De ce point de vue, il est vrai que la comparaison avec la pratique des coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen – pratique qui est postérieure à la création du mécanisme général – ne manque pas non plus d'intérêt. Dans les deux cas, on accordera une attention particulière à la dimension extérieure de ces coopérations renforcées, puisque s'agissant du mécanisme général, cette question n'a pas été réglée, ainsi qu'à leur incidence sur l'adhésion de nouveaux États à l'Union.

Inversement, les caractéristiques propres au mécanisme de la coopération renforcée permettent de mieux apprécier les particularités de la coopération renforcée «euro», ou au contraire d'y porter un regard plus critique, notamment en ce qui concerne l'absence patente de systématisation. Pour cette raison, nous nous attarderons quelque peu sur une question qui prête à beaucoup de confusion, à savoir celle du champ d'application des actes du Conseil statuant en formation «réduite» et des actes de la BCE, et partant, sur la question de la nature de cet acquis.

Le second résultat que nous développerons dans la partie finale de notre ouvrage consiste à faire la synthèse des perspectives du mécanisme général de la coopération renforcée (Partie finale, Titre II).

L'on ne peut en effet s'empêcher de rester quelque peu dubitatif quant à la raison d'être du mécanisme de la coopération renforcée, même au lendemain de sa réforme par le traité de Nice. Nous avons conclu dans une étude antérieure que son dispositif ne représentait «*ni chair ni poisson*», procédant pour l'essentiel de deux logiques différentes qui apparaissent déjà en filigrane dans cette introduction³⁸. La première est une logique «organique», de différenciation «structurelle», qui s'inspire des régimes de différenciation prédéterminés que nous venons d'évoquer, autrement dit une logique de différenciation «constitutionnelle» qui trouverait son paroxysme dans l'idée de créer *une avant-garde*. L'autre logique sous-jacente au dispositif des coopérations renforcées se limite à pourvoir un instrument destiné à contourner l'écueil de l'unanimité dans le cadre d'actions relativement ponctuelles, autrement dit un substitut au vote majoritaire. Davantage conscients de ce caractère hybride, les

travaux de la Convention européenne ont voulu privilégier la logique plus structurelle de la différenciation, d'autant plus que l'extension du vote majoritaire constituait déjà un objectif en soi. Il reste que, marqué par sa conception initiale, le mécanisme de la coopération renforcée demeure hybride, à cheval sur ces deux logiques.

Nous concluons à cet égard que le système « prédéterminé » paraît mieux répondre à certains objectifs affichés lors de la conception ou de la réforme du mécanisme général, à commencer par la volonté d'éviter que les coopérations entre certains États membres ne prennent pied en dehors du cadre institutionnel de l'Union. Pour démontrer cette thèse, nous nous reporterons utilement à l'analyse préalable des diverses « coopérations renforcées ». Cette conclusion est donc aussi le fruit de la comparaison qui ne se justifie dès lors pas seulement pour des raisons de définition et catégorisation des différentes formes de différenciation.

Ceci étant, on ne se résoudra pas trop rapidement à l'idée que le mécanisme de la coopération renforcée ne sera jamais utile ni utilisé, ne fût-ce que pour des projets d'ambition moyenne. A chacun selon ses talents... Les innovations apportées par le traité constitutionnel en la matière pourraient s'avérer prometteuses si elles entraient un jour en vigueur ³⁹. Encore qu'un défaut majeur subsiste, nous venons de l'évoquer, celui de ne pas avoir davantage encadré et limité les possibilités de coopération hors Union, ou du moins de ne pas avoir articulé le mécanisme avec les coopérations hors Union. Nous tenterons dès lors malgré tout d'imaginer les domaines où ce mécanisme pourrait un jour être mis en œuvre, nonobstant le constat que l'existence préalable de coopérations prédéterminées est aussi à même de limiter son champ d'application potentiel. A ce sujet, une analyse détaillée du régime de différenciation au sein de l'UEM s'est pareillement avérée indispensable pour répondre à la question, souvent évoquée à une époque, de l'utilité résiduelle potentielle du mécanisme de la coopération renforcée dans ce domaine, notamment pour renforcer la coordination des politiques économiques des États relevant de la zone euro.

³⁸ . H. Bribosia, « Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice », *RDUE*, 1-2001, p. 111 à 171, en particulier pp. 157.

³⁹ . Les conclusions du Conseil européen des 21 et 22 juin 2007 indiquent, dans le mandat de la prochaine CIG, que les dispositions du traité constitutionnel devraient être reprises telles quelles (à l'exception du relèvement du seuil minimal de participation à neuf États membres au lieu de huit)

En guise de conclusion, nous proposerons quelques pistes de réflexion plus générale sur la formation éventuelle d'un modèle d'intégration différenciée des États membres de l'Union européenne, que ce soit au sein de différents cercles d'intégration ou d'un Union européenne à deux niveaux, dont une ferait office d'avant-garde ou de 'noyau dur' (Partie finale, Titre final). L'analyse comparée du mécanisme général et des différentes coopérations renforcées « prédéterminées » – tout comme la section consacrée à la pratique de coopérations interétatiques en dehors de l'Union – s'avère, là aussi, constituer un matériel de base indispensable à toute entreprise de généralisation ou systématisation en la matière. Nous verrons en outre en quoi les coopérations renforcées constituent une variation sur un autre paradigme de l'évolution constitutionnelle de l'Union européenne, à savoir le principe de subsidiarité : une variation encline à lui donner un nouveau contenu, voire un nouveau souffle.

PREMIÈRE PARTIE. —

**LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES : DU MÉCANISME GÉNÉRAL À LA
PRATIQUE DANS L'ESPACE DE LIBERTÉ, SECURITÉ ET JUSTICE**

**TITRE I. — LE MÉCANISME GÉNÉRAL
DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE**

**TITRE II. — PRÉCURSEUR ET SUCESSEUR DE LA COOPÉRATION
RENFORCÉE : LE PROTOCOLE SOCIAL DE MAASTRICHT ET
LA COOPÉRATION STRUCTURÉE PERMANENTE
EN MATIÈRE DE DÉFENSE**

**TITRE III. — LA PRATIQUE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES
AU SEIN DE L'ESPACE DE LIBERTÉ, SÉCURITÉ ET JUSTICE**

TITRE I. —

LE MÉCANISME GÉNÉRAL DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE

INTRODUCTION

CHAPITRE 1. — PRÉSENTATION GÉNÉRALE ET CONTEXTUELLE DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX COOPÉRATIONS RENFORCÉES DANS LES TRAITÉS ET DANS LA CONSTITUTION EUROPÉENNE

CHAPITRE 2. — CADRE CONSTITUTIONNEL DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

CHAPITRE 3. — DOMAINES DE COMPÉTENCE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

CHAPITRE 4. — CONDITIONS PRÉALABLES AU DÉCLENCHEMENT DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES : « MASSE CRITIQUE », « DERNIER RESSORT » ET DÉLIMITATION DE LEUR OBJET

CHAPITRE 5. — DÉCLENCHEMENT DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES ET PARTICIPATION ULTÉRIEURE DES AUTRES ÉTATS MEMBRES : PROCÉDURES ET CONDITIONS DE PARTICIPATION

CHAPITRE 6. — CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

CHAPITRE 7. — ESSAI SUR LA NATURE JURIDIQUE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

CHAPITRE 8. — APPORTS DU TRAITÉ DE NICE ET DE LA CONSTITUTION POUR RENDRE LE MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE PLUS ATTRACTIF ET PLUS OPÉRATIONNEL — SYNTHÈSE

INTRODUCTION

On commencera cette étude par présenter de façon générale l'évolution des dispositions relatives au mécanisme général de la coopération renforcée au fil des différents traités et de la Constitution tout en relatant en parallèle le contexte de cette évolution (Chapitre 1.)⁴⁰. L'on procédera ensuite à une analyse minutieuse du cadre constitutionnel des coopérations renforcées (Chapitre 2.), en ce compris les domaines de compétence pouvant relever de leur action (Chapitre 3.), ce qui correspond à un certain nombre d'aménagements au cadre constitutionnel de l'Union dans lequel elles s'inscrivent.

On se penchera ensuite sur un certain nombre de conditions procédurales préalables au déclenchement des coopérations renforcées, notamment le seuil minimal de participation et la condition dite du « dernier ressort » (Chapitre 4.) ; puis sur les conditions de participation des États membres, ainsi que les procédures afférant au déclenchement du mécanisme et à la participation ultérieure d'autres États membres (Chapitre 5.). On continuera avec le régime de contrôle juridictionnel des coopérations renforcées (Chapitre 6.) avant de finalement s'essayer sur la nature juridique de celles-ci (Chapitre 7.).

Afin d'illustrer quelque peu le propos, en particulier concernant l'interprétation de la condition du dernier ressort et des conditions matérielles entourant le dispositif, on se référera à deux avis rédigés, l'un par le service juridique du Conseil de l'Union⁴¹, l'autre celui de la Commission européenne⁴², à un moment où il était question d'avoir recours à une coopération renforcée dans le domaine de la taxation minimale

⁴⁰ . Sur la négociation et le contexte du traité d'Amsterdam concernant la flexibilité ou la différenciation, on se reportera utilement aux ouvrages précités de F. Tuytschaever (*Differentiation in European Union law*, Oxford, Hart Publishing, 1999) et A. Stubb (*Negotiating flexibility in the European Union – Amsterdam, Nice and Beyond*, Palgrave, 2002), et à nouveau A. Stubb s'agissant du traité de Nice.

⁴¹ . Avis du 23 juillet 2001, Document 11240/01, « Possibilité juridique d'instaurer une coopération renforcée dans le domaine de la taxation de l'énergie — Conformité aux dispositions des traités relatives à la coopération renforcée ».

⁴² . Avis du 31 juillet 2002, JUR (2001) 15729, « *Enhanced cooperation pursuant to Article 43 TEU and Article 11 EC – application to taxation* ». Cet avis prend en compte la réforme du dispositif par le

des produits énergétiques, avant qu'une directive ne soit finalement adoptée à ce sujet par l'ensemble des États membres ⁴³.

Tout au long de cette analyse, on mettra en exergue les modifications apportées au traité d'Amsterdam par le traité de Nice. Une telle approche s'avère en effet indispensable pour cerner la portée du dispositif issu du traité de Nice qui restera le droit en vigueur tant que la Constitution n'entrera pas elle-même en vigueur. De même, seule une référence précise au dispositif du traité de Nice permet de prendre la mesure de la réforme entreprise par la Constitution sur ce sujet.

Ces révisions successives ont réussi dans une certaine mesure à clarifier et assouplir le régime juridique et institutionnel des coopérations renforcées, à le rendre plus utile, et en fin de compte, à le rendre plus attractif. La synthèse de ces apports sera présentée à la fin du présent titre (Chapitre 8.).

CHAPITRE 1. — PRÉSENTATION GÉNÉRALE ET CONTEXTUELLE DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX COOPÉRATIONS RENFORCÉES DANS LES TRAITÉS ET DANS LA CONSTITUTION EUROPÉENNE

I. Dans le traité d'Amsterdam

A. Contexte de la négociation

Suite à la lettre conjointe du Chancelier Kohl du Président Chirac au Conseil européen de Madrid (v. *supra*), le concept de « coopération renforcée » sera mentionné dans les conclusions du Conseil européen de Turin de mars 1996 qui a inauguré la Conférence intergouvernementale ⁴⁴, sous la thématique plus générale de « flexibilité ». Mais il faudra attendre le mois d'octobre pour qu'il soit à nouveau relancé par l'axe franco-

traité de Nice. Il aborde également deux autres domaines liés à la fiscalité des sociétés, d'une part la question du *cross border loss compensation*, et d'autre part celle plus générale du *Home state taxation*.

⁴³ . Fût-ce dans une version minimaliste, v. Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, *J.O.* L 283 du 31 octobre 2003. Seul un État membre s'était opposé au principe d'une telle législation pendant plusieurs années.

⁴⁴ . Bulletin de l'Union européenne, 3/1996, I.5 .

allemand ⁴⁵, et relayé ensuite par des propositions émanant du Portugal ⁴⁶, de l'Italie ⁴⁷ et de la Commission ⁴⁸. En effet, dans le rapport du groupe de réflexion censé préparer la CIG et présenté au Conseil européen de Madrid ⁴⁹, les représentants de nombreux gouvernements avaient déjà pu exprimer leurs réticences à l'égard de toute différenciation qui, de près ou de loin, pourrait mener à une Europe à la carte. Toute forme de flexibilité n'aurait pu s'effectuer, selon le rapport, qu'au cas par cas, avec l'accord de tous, et seulement de façon temporaire. Du côté de la Commission européenne, on craignait que des coopérations renforcées ne portent atteinte à ses prérogatives, ou ne constituent une alternative défavorable à l'extension de la majorité qualifiée (surtout dans le premier pilier).

Compte tenu de ces appréhensions initiales, les dispositions du traité d'Amsterdam ont pu apparaître comme un résultat plus ambitieux que ne le laissait présager le rapport du groupe de réflexion. S'il s'applique au cas par cas, le mécanisme a néanmoins une portée générale, les cas n'étant pas déterminés à l'avance. Il peut en principe s'enclencher à la majorité qualifiée (même si un droit de veto reste possible). Et bien qu'une coopération renforcée soit en principe ouverte à tous les candidats, elle n'est pas nécessairement temporaire.

Alors que la plupart des États membres commençaient à accepter l'idée de ce nouveau mécanisme, il a pu apparaître paradoxal que le Royaume-Uni et le Danemark y soient devenus au fil de la négociation les plus réticents, eux qui étaient pourtant habitués à bénéficier de régimes dérogatoires importants. La préférence du gouvernement de M. Major allait précisément pour des dérogations déterminées au cas par cas à l'égard d'une disposition du traité ou d'une réglementation déjà existante (ou qui pourrait autrement lui être imposée). En atteste le statut particulier accordé au Royaume-Uni dans le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice. La philosophie d'une coopération renforcée était tout autre : elle devait entraîner une dynamique intégrationniste que le Royaume-Uni ne désirait pas, ni avec lui, ni sans lui (du moins

45. CONF/3955/96, Bruxelles, 18 octobre 1996.

46. CONF/3999/96, Bruxelles, 29 novembre 1996

47. CONF/3801/97, Bruxelles, janvier 97.

48. CONF/3805/97, Bruxelles, 23 janvier 1997.

avant le changement de gouvernement en cours de négociation). Ceci devait expliquer son insistance pour conserver un droit de veto dans le déclenchement de telles coopérations renforcées, ou pour que celles-ci soient menées en dehors du cadre de l'Union ⁵⁰. Ce changement de perspective correspond à l'acceptation progressive du mécanisme par les autres États membres, y voyant une technique d'approfondissement, et notamment une alternative bienvenue pour les nombreux domaines toujours soumis à un vote à l'unanimité.

B. Présentation générale des dispositions relatives à « la coopération renforcée »

Décrit brièvement, « la coopération renforcée » se présente comme mécanisme général qui ne peut être déclenché qu'en « dernier ressort », lorsqu'il est établi qu'une action de l'Union ne peut aboutir avec la participation de tous les États membres. Le Conseil pourrait alors autoriser un certain nombre d'États membres qui le souhaitent d'aller de l'avant en recourant « *aux institutions, procédures et mécanismes* » prévus par les traités. La caractéristique principale d'une coopération renforcée est donc de fonctionner en principe dans le même cadre constitutionnel que celui de l'Union, tant en ce qui concerne les compétences, les instruments d'action que les procédures décisionnelles. Mais seuls les États participants prendraient part au vote au sein du Conseil, pour adopter des décisions qui ne s'appliqueraient qu'à eux. De même, mis à part le coût administratif, seuls les participants prendraient en charge le financement de leurs actions.

Le traité d'Amsterdam a établi deux types de dispositions. D'une part des dispositions générales concernant aussi bien les coopérations renforcées conduites dans le cadre du TCE que celles menées dans le cadre du troisième pilier, d'autre part des dispositions spécifiques, propres à chacun des deux piliers. Les premières sont regroupées au sein du titre VII du TUE (articles 43 à 45), tandis que les secondes figurent respectivement

⁴⁹. Conférence intergouvernementale de 1996 — Rapport du groupe de réflexion et autres références documentaires, Bruxelles, Office des publications, décembre 1995, pp. 38 et 39.

⁵⁰. *Comp.* C.D. Ehlermann, « Différenciation, flexibilité, coopération renforcée : les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam », *R.M.U.E.*, 1997, p. 64.

aux articles 11 du TCE et 40 du TUE ⁵¹. Les auteurs du traité d'Amsterdam avaient décidé de ne pas étendre la possibilité d'instaurer une coopération renforcée aux activités couvertes par le deuxième pilier (politique étrangère et de sécurité commune), estimant notamment qu'un système d'abstention constructive ⁵² répondait suffisamment aux besoins de flexibilité en ce domaine.

Ces dispositions forment en quelque sorte le régime constitutionnel de «droit commun» des coopérations renforcées. En effet, le «protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union» joint au traité d'Amsterdam constitue à la fois une première mise sur pied d'une coopération renforcée et une variante au régime de droit commun ⁵³.

Parmi les nombreuses conditions établies par ces dispositions ⁵⁴, certaines concernent la phase initiale de déclenchement d'une coopération renforcée et sont essentiellement de nature procédurale. Outre la condition dite du «dernier ressort», la coopération renforcée doit comporter un nombre minimal d'États membres participants, en l'occurrence la majorité d'entre eux. Ce n'est qu'alors qu'une coopération renforcée est susceptible d'être autorisée par le Conseil dans sa composition habituelle, en statuant en principe à la majorité qualifiée, mais sans exclure la possibilité d'un veto. La plupart des autres conditions déterminent les compétences susceptibles d'être exercées dans le cadre d'une coopération renforcée, et plus particulièrement les limites à leur exercice. En effet, lors de la négociation du traité d'Amsterdam, plusieurs tentatives avaient été faites, en vain, de dresser une liste, positive ou négative, des domaines qui pourraient faire l'objet d'une coopération renforcée, surtout au sein du pilier communautaire ⁵⁵. En désespoir de cause, la solution finalement retenue fut de fixer un certain nombre de conditions matérielles destinées à encadrer l'action des coopérations renforcées.

⁵¹ . La numérotation des articles du TCE et du TUE tels que modifiés par le traité d'Amsterdam est celle figurant dans la version consolidée du TCE et du TUE. Dans la version originale du traité d'Amsterdam, il s'agissait respectivement d'une part des articles K.15, K.16, et K.17 du TUE, et d'autre part des articles 5 A du TCE et K.12 du TUE.

⁵² . Article 23, § 1 du TUE, nous reviendront plus loin sur ce système.

⁵³ . V. *infra*, Titre II.

⁵⁴ . D'une part à l'article 43, § 1 du TUE, et d'autre part aux articles 40, § 1 du TUE et 11, § 1 du TCE (versions *post* Amsterdam).

⁵⁵ .V. aussi *infra*, à propos des domaines d'action des coopérations renforcées

II. Dans le traité de Nice

A. Contexte de la négociation

Entre le 1er mai 1999, date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, et l'ouverture de la CIG sur la réforme institutionnelle le 14 février 2000, il ne s'est pas écoulé une année. Il n'était donc guère anormal que le nouveau mécanisme n'ait encore jamais été utilisé, d'autant moins qu'il avait été conçu pour répondre à la perspective d'un élargissement sans précédent de l'Union, et à l'hétérogénéité croissante qui devrait s'ensuivre. Au demeurant, le mécanisme continuait de susciter certaines craintes dans le chef de certains États membres, que ce soit par rapport au risque de se retrouver hors-jeu, ou plus généralement les conséquences inattendues sur l'ensemble du système de l'Union⁵⁶. Parmi ces conséquences, d'aucuns ont identifié par exemple le risque de porter atteinte à la structure supranationale de la Communauté par une intergouvernementalisation rampante, de créer des tensions et des divisions, de porter atteinte à la solidarité des États membres représenté notamment par le vote majoritaire, et surtout de se détourner des vrais problèmes que l'Union devait affronter⁵⁷.

Quoiqu'il en soit, il est vite apparu aux yeux d'aucuns qu'il serait nécessaire d'en revoir quelque peu la copie si on voulait vraiment le rendre opérationnel. Car de nombreux doutes avaient été émis à cet égard, tant dans la doctrine⁵⁸ que par certains États membres. L'évaluation qu'a portée le Parlement européen, dans une première résolution à ce sujet, est intéressante à cet égard, en ce qu'elle constitue une première

⁵⁶ . Ch. Deubner, 1999, *Harnessing Differentiation in the EU – Flexibility after Amsterdam*, A Report on Hearings with Parliamentarians and Officials in Seven European Capitals, *Stiftung Wissenschaft und Politik*, S 430, 1999.p. 59 et 60.

⁵⁷ . Sur ce point de vue, v. en particulier J.M. de Areilza, « The Reform of Enhanced co-operation Rules : Towards less flexibility ? » in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 28 à 30, et pp. 37 à 39. Sur les risques potentiels liés aux coopérations renforcées, v. aussi E. Philippart, « Answering EU's Need for Policy Laboratories and Sub-Systemic Schemes : Reflection on the Reform of 'Closer Cooperation' », *Current Politics and Economics of Europe*, 2000.

⁵⁸ . V. notamment E. Philippart, « Answering EU's Need for Policy Laboratories and Sub-Systemic Schemes : Reflection on the Reform of 'Closer Cooperation' », *Current Politics and Economics of Europe*, 2000. V. aussi G. Gaja, « How flexible is flexibility under the Amsterdam treaty », *Common*

projection « réaliste » d'un mécanisme élaboré de façon largement abstraite. L'impression qui en émerge est quelque peu paradoxale ⁵⁹. D'un côté, la résolution conclut qu'il est « illusoire » d'attendre des coopérations renforcées une solution institutionnelle adéquate aux défis de l'élargissement et de l'approfondissement de l'Union, notamment le volet économique de l'UEM; et que seules des périodes transitoires dans le premier cas et une extension du vote à la majorité qualifiée dans le second cas ont fait leur preuve dans l'histoire de l'intégration européenne pour y répondre. De l'autre, elle reconnaît que la création de coopérations renforcées dans le cadre institutionnel des traités est préférable à leur développement en dehors de celui-ci; et que les conditions requises par le traité d'Amsterdam encadrant la mise en œuvre d'une coopération renforcée sont susceptibles de circonscrire les dangers de « *désolidarisation des États membres et de morcellement de l'espace juridique communautaire* » ⁶⁰. Ainsi, aux yeux du Parlement européen, la coopération renforcée représente une sorte de pis-aller dont il n'envisage le recours que de façon exceptionnelle, davantage pour la mise en œuvre de programmes d'action que pour l'action législative, et particulièrement dans les domaines de la coopération judiciaire et policière, de la politique industrielle, de la recherche, de l'éducation, de la formation professionnelle et de l'environnement. C'est pourquoi l'on ne s'étonnera pas de ce que le Parlement propose des améliorations procédurales, particulièrement en ce qui concerne le déclenchement de la coopération renforcée. A cet égard, la Résolution considère le droit de quasi-veto pour chaque État membre « à la fois comme contradictoire avec l'intention de résoudre par ce biais certains blocages et comme disproportionné(...) par rapport à l'envergure des applications envisageables » (point 10) ⁶¹.

Market Law Review, 1998, p. 855. Sur la doctrine concernant le traité d'Amsterdam en la matière, v. les références citées dans la Bibliographie finale.

⁵⁹ . V. la Résolution du 16 juillet 1998 sur la mise en œuvre du Traité d'Amsterdam : implications des coopérations renforcées, ainsi que le rapport préalable du 1er juillet 1998 (Rapport *Frischenschlager*, A4-0257/98).

⁶⁰ . Point B. L'exposé des motifs du Rapport *Frischenschlager* (précité) évoquait également les risques de distorsion de concurrence et de recherche d'avantage comparatif (point 18), ainsi que le risque d'affaiblir la volonté d'aboutir en commun (point 20).

⁶¹ . En revanche, le Parlement souhaite que la Commission s'engage à retirer ses propositions de coopération renforcée — du moins dans le premier pilier — lorsque l'avis du Parlement européen s'avère négatif (point 14).

Ce sont les États du Benelux qui, les premiers, ont suggéré, dans un mémorandum précédant le Conseil européen d'Helsinki des 10 et 11 décembre 1999, d'élargir l'agenda de la CIG – en principe confiné aux trois *left overs* institutionnels d'Amsterdam – à la coopération renforcée ⁶². Ils se ralliaient de la sorte aux suggestions émises par le rapport du groupe des sages présidé par l'ancien premier ministre belge Jean-Luc Dehaene ⁶³. A la veille du Conseil européen, la présidence Finlandaise devait cependant conclure qu'au terme de multiples consultations avec les États membres, « *a clear preference emerged for not taking this issue on IGC* » ⁶⁴.

Cela n'a pas empêché la Commission européenne de faire des propositions qui s'inscrivent dans la ligne du mémorandum Benelux et du rapport du groupe des sages, à savoir, pour l'essentiel : la suppression du droit de veto dans la phase initiale de déclenchement, considéré comme un « *obstacle excessif à l'utilisation, pourtant essentielle, du mécanisme des coopérations renforcées* », réduction du seuil minimal des participants à un tiers, dès lors que « *les conditions de fond ... sont suffisamment strictes pour éviter la multiplication de ces initiatives et le risque de fragmentation excessive de l'Union – sachant qu'il faut obtenir par ailleurs l'accord d'une majorité qualifiée d'États membres pour instaurer cette coopération renforcée* », et extension du mécanisme à la PESC ⁶⁵. Cette position contraste avec celle qui était la sienne au départ, hostile à toute institutionnalisation des coopérations renforcées ⁶⁶. Ses propositions visent dorénavant en effet à rendre les coopérations renforcées « *aussi opérationnelles que possibles* », compte tenu du « *caractère plus hétérogène de*

⁶² . Le mémorandum Benelux a été présenté plus tard dans un document CONFER 4721/00 du 7 mars 2000. Selon le mémorandum, « le but ne saurait être de permettre à un groupe de pays de se désolidariser de l'activité communautaire mise sur pied dans le cadre de l'Union, mais de leur donner la possibilité de jouer un rôle de *pionniers* en faisant, dans un premier temps, progresser la construction européenne en maintenant sa dynamique » (p. 3). L'expression de « groupe pionnier » sera reprise par Jacques Chirac six mois plus tard dans son discours devant le Bundestag (v. *supra*, l'introduction générale).

⁶³ . J.-L. Dehaene, R. von Weizsäcker, et D. Simon, (« Groupe des Sages »), *Implications institutionnelles de l'élargissement*. Rapport à la Commission européenne, Bruxelles, 18 octobre 1999.

⁶⁴ . « Efficient institutions after enlargement – Options for the intergovernmental conference », 7 December 1999, 13636/99, LIMITE, POLGEN 4. De même, lorsqu'il fut question d'ouvrir l'agenda de la CIG à des questions supplémentaires, comme le suggéraient les conclusions d'Helsinki (point 16), une dizaine de questions ont été mentionnées sans toutefois faire allusion aux coopérations renforcées (CONFER 4716/00, 1er mars 2000).

⁶⁵ . Avis de la Commission européenne du 26 janvier 2000, *Adapter les institutions pour réussir l'élargissement*, reproduit dans CONFER 4701/00, 1er février 2000, pp. 50 à 52.

⁶⁶ . V. *supra* ; v. aussi Ch. Deubner, précité, 1999, qui évoque la crainte du « *parceling of important fields* »).

l'Union élargie », bien qu'elles n'aient pas vocation à « *alléger les obligations des futurs États membres* ». En outre, à l'instar des préoccupations du Parlement européen, « *il convient d'éviter que les États souhaitant coopérer entre eux de manière plus approfondie ne se situent pas à l'extérieur du cadre institutionnel prévu par les traités ...* ».

Ce n'est qu'à la mi-parcours de la CIG, lors du relais de la présidence à la France, qu'il a été accepté d'étendre l'agenda à la révision du mécanisme de la coopération renforcée ⁶⁷. Il aura donc fallu quelque temps pour convaincre les États membres les plus réticents de rouvrir le compromis d'Amsterdam, sans que cela ne retarde l'issue de la CIG. A l'instar de la fin de négociation du traité d'Amsterdam, les États réticents étaient ceux qui craignaient de se voir marginalisés ou de subir la dynamique intégrative supposée des coopérations renforcées ⁶⁸. Il s'avère en fin de compte que la négociation fut relativement facile, comparée aux autres « reliquats » d'Amsterdam : mise à part la question de l'application des coopérations renforcées dans les matières couvertes par le deuxième pilier, l'essentiel des modifications était acquis au sommet informel de Biarritz des 13 et 14 octobre 2000. Il n'est pas impossible que les États membres les plus réticents au départ aient été convaincus de l'utilité pour eux mêmes des coopérations renforcées dans une Union dont le grand élargissement était en vue. A moins qu'ils ne se soient rendus compte que cette réforme était un prix à payer pour faire accepter plus facilement l'élargissement par les autres États membres ⁶⁹.

La concomitance des allocutions de Messieurs J. Fischer et J. Chirac sur l'avenir de l'Union européenne n'est sans doute pas non plus étrangère à l'extension de l'agenda

⁶⁷ . La note de la présidence française « considère que les coopérations renforcées sont désormais un thème majeur de la Conférence et qu'avant de se lancer dans l'élaboration de projets de textes détaillés, il importe de poursuivre l'effort entrepris visant à clarifier le concept de coopérations renforcées, à identifier les différentes formes qu'elles peuvent revêtir ainsi que les moyens de les rendre plus opérationnelles » (CONFER 4755, 6 juillet 2000 : « Suivi des travaux du Conseil européen de Feira et organisation des travaux »).

⁶⁸ . Les États membres les plus réticents à rouvrir les négociations d'Amsterdam sur ce sujet furent l'Espagne, le Danemark, la Suède et le Royaume-Uni (sources diplomatiques). De même, il semble que les candidats à l'adhésion voyaient d'un mauvais œil le développement de coopérations renforcées. Sur les arguments pour et contre la révision du mécanisme des coopérations renforcées, v. CONFER 4750/00, 14 juin 2000, pp. 51 et 52. V. aussi la présentation systématique d' E. Philippart et M. Sie Dhian Ho, *The pros and cons of closer cooperation in the EU: argumentation and recommendations*, Netherlands Scientific Council for Government Policy, Working Document W 104, The Hague, 2000.

⁶⁹ . Ce que suggère J.M. de Areilza, précité, 2001, p. 37 ?

de la CIG ⁷⁰. Dans les deux discours, en effet, il est frappant d'observer l'espoir soudainement déclaré à l'égard des coopérations renforcées dont la pratique récurrente devrait préfigurer, selon les deux hommes, un « centre de gravité » (Fischer) ⁷¹ ou un « groupe pionnier » (Chirac) ⁷² au sein de l'Union européenne.

Pour d'autres, ces discours ont pu avoir pour effet de vouloir rendre vraiment opérationnel le recours aux coopérations renforcées entre certains États membres *dans* le cadre « orthodoxe » des traités, et d'en renforcer les garanties communautaires ⁷³. En effet, dans le discours de J. Fischer, le développement des coopérations renforcées est fortement connoté d'intergouvernementalisme ⁷⁴, tandis que J. Chirac évoquait l'idée très gaullienne d'un secrétariat chargé de veiller à la cohérence des positions et des politiques des États relevant d'un éventuel groupe pionnier. De même, les deux hommes ont à plusieurs reprises suggéré la possibilité de nouer des coopérations en dehors du système de l'Union ⁷⁵.

⁷⁰ . V. les discours respectivement du 12 juin 2000 à l'Université Humboldt et du 27 juin 2000, devant le Bundestag, précités dans l'introduction générale.

⁷¹ . « *Tout d'abord, le développement de la coopération renforcée entre les pays désireux de coopérer plus étroitement que d'autres, comme c'est d'ores et déjà le cas dans l'Union économique et monétaire et pour Schengen. Cet instrument nous permet d'avancer dans bien des domaines (...). La formation d'un centre de gravité pourrait constituer plus tard une étape intermédiaire sur la voie du parachèvement de l'intégration politique (...)* ».

⁷² . « *C'est de cette façon, naturellement, que se dégagera la composition du 'groupe pionnier'. Non pas sur une base arbitraire, mais par la volonté des pays qui décideront de participer à l'ensemble des coopérations renforcées* ».

⁷³ . Cette observation a été faite par M. l'Ambassadeur Van Daele, représentant permanent de la Belgique auprès de l'UE, et par A. Stubb (représentation permanente finlandaise), lors d'une conférence organisée par le Centre Robert Schuman et le TEPSA à Florence, le 26 et 27 janvier 2001.

⁷⁴ . « *Néanmoins, une différenciation de plus en plus marquée posera aussi de nouveaux problèmes: une perte d'identité européenne et de cohérence interne ainsi que le risque d'une érosion interne de l'UE si des domaines de plus en plus vastes de la coopération intergouvernementale devaient venir s'ajouter au cadre de l'intégration. Dès aujourd'hui il n'est plus possible d'ignorer une crise de la 'méthode Monnet' qui ne peut plus être résolue dans les limites de sa propre logique (...)* ». Ou encore : « *La coopération renforcée ne signifiera tout d'abord rien d'autre qu'une intergouvernementalisation renforcée sous la contrainte des circonstances et en raison de la faiblesse de la méthode Monnet* » (nous soulignons).

⁷⁵ . J. Fischer : « *La seule question sera alors de savoir quand le moment sera venu, qui fera partie de cette avant-garde et si ce centre de gravité se formera au sein ou en dehors des traités (...)* ». Plus loin, J. Fischer répète : « *ce centre de gravité se constituera au sein des traités, sinon en dehors* ». J. Chirac : « *Ce groupe (pionnier) ouvrirait la voie en s'appuyant sur la nouvelle procédure de coopération renforcée définie par la CIG et en nouant, si nécessaire, des coopérations hors traité* » (nous soulignons).

A la veille du sommet de Nice, le Parlement européen adopta une deuxième résolution sur le sujet ⁷⁶. Les préoccupations du Parlement sont fondamentalement les mêmes que celles exprimées dans la résolution du 16 juillet 1998 ⁷⁷. Mais son approche à l'égard du mécanisme de la coopération renforcée, à l'instar de celle de la Commission européenne, est significativement plus constructive que deux ans auparavant, notamment dans le souci de limiter au maximum les coopérations intergouvernementales en dehors du cadre de l'Union. En atteste par exemple la suggestion originale — et sur laquelle nous reviendrons — qu'une coopération renforcée ne devrait pas être confinée au cadre des compétences de l'Union ou de la Communauté. L'utilité du mécanisme est reconnue, même si sa mise en œuvre doit rester exceptionnelle, pour réduire les risques de blocage liés aux « attentes divergentes » ⁷⁸ des États membres et au vote à l'unanimité, risques qui augmentent avec l'hétérogénéité croissante liée à l'élargissement ⁷⁹. A cette fin, il serait permis à une *avant-garde* ou un *groupe moteur* ⁸⁰ d'États membres « de renforcer leur intégration dans certains domaines concrets dans le but ultime d'encourager les autres États à se joindre à cette coopération renforcée » ⁸¹. Le rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* précise toutefois, faisant notamment allusion aux allocutions récentes de J. Fischer et de J. Chirac, que les coopérations renforcées ne peuvent aboutir à la création d'un « noyau dur » ou d'un « centre de gravité, tout comme elles ne peuvent mener à une « Europe à la carte », ou « à géométrie variable » ⁸².

Cette dernière indication trahit quelque peu l'incertitude quant à la nature et aux objectifs assignés à une coopération renforcée. Le désaccord entre la résolution du Parlement et le rapporteur qui en est l'architecte quant à la masse critique —

⁷⁶ . Résolution du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée, 2000/2161(INI), adoptée sur base du rapport du 12 octobre 2000 sur la coopération renforcée, A5-0288/2000 Final (Rapporteur : J.M. *Gil-Robles Gil-Delgado*), PE.286.95.

⁷⁷ . V. aussi *supra*. Il s'agit notamment de raffermir les prérogatives du Parlement européen, et plus généralement la méthode communautaire, tant au stade de l'autorisation que de la participation ultérieure.

⁷⁸ . Le rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* (précité, point 1) évoque en revanche « la situation particulière de certains États membres », ce qui correspond davantage à des situations objectives, que des « attentes divergentes », par hypothèse de nature plus subjective.

⁷⁹ . Points c et h de la résolution précitée.

⁸⁰ . Rapport *Gil-Robles Gil-Delgado*, précité, point 4, ii).

⁸¹ . Point 3 de la résolution précitée

⁸² . Rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* précité, point 5.

respectivement un tiers ou la majorité des États membres –, ainsi que la suggestion d'exclure les coopérations renforcées pour les matières régies à la majorité qualifiée, illustrent pareillement cette incertitude, sur laquelle nous reviendrons dans la partie finale de cette étude ⁸³.

Enfin, l'on a pu aussi observer une certaine contradiction dans le chef du Parlement entre d'une part, l'affirmation du caractère transitoire des coopérations renforcées et le principe d'ouverture qui en est le corollaire ⁸⁴, et d'autre part, la proposition de fixer des conditions de participation ultérieure dans la décision initiale d'autorisation. Le but fut d'éviter de la sorte des décisions arbitraires, *intuitu personae*, à l'instar de ce qui est prévu dans le cadre de l'UEM (dont les conditions d'adhésion sont en principe objectives) ⁸⁵. Ainsi que nous le verrons, cette idée reviendra en force dans les travaux de la Convention européenne, puis dans le texte de la Constitution.

B. Présentation générale des dispositions relatives à « la coopération renforcée »

Le traité de Nice, signé le 26 février 2001 et qui est en vigueur depuis le 1er février 2003 ⁸⁶, a le mérite d'avoir quelque peu amélioré la présentation des dispositions sur la coopération renforcée, et dans certains cas d'en avoir retouché l'écriture. Ainsi, les clauses générales du Titre VII du TUE ont été réaménagées en mettant en exergue la règle du dernier ressort et le principe d'ouverture, ainsi qu'en regroupant les adaptations institutionnelles, suivies par les implications financières. Surtout, les conditions matérielles spécifiques aux coopérations renforcées dans le cadre communautaire ⁸⁷ ont été intégrées, telles quelles ou modifiées, dans les conditions générales de l'article 43 du TUE (« les dix commandements »), du moins lorsqu'elles

⁸³ . V. Chapitre 29.

⁸⁴ . Bien que le régime *post* Amsterdam laissait planer un doute sur la nature discrétionnaire du pouvoir des institutions, le principe d'ouverture laissait entendre que la participation ultérieure des autres États membres à une coopération renforcée était en principe inconditionnelle

⁸⁵ . Rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* précité, point 19. A cet égard, on a également pu s'étonner de ce que la résolution préconise de rendre, dans le premier pilier, le pouvoir de décision sur la participation ultérieure au Conseil, fût-ce sur proposition de la Commission, alors qu'il résidait dans le système *post* Amsterdam, et finalement maintenu dans le traité de Nice, dans les mains de la Commission.

⁸⁶ . Le traité de Nice est publié au *J.O.* du 10 mars 2001, C 80/1.

⁸⁷ . Article 11, § 1 du TCE (version *post* Amsterdam).

n'ont pas été tout simplement éliminées. Par ailleurs, un nouvel article, le dernier du Titre VII du TUE, enjoint le Conseil et la Commission d'assurer la cohérence des politiques de l'Union et des coopérations renforcées, et de coopérer à cet effet ⁸⁸.

Il résulte de ces changements que les clauses générales comptent, au lendemain du traité de Nice, six dispositions au lieu de trois, les articles 43, 43 A, 43 B, 44, 44 A et 45 du TUE. Les clauses spécifiques au pilier communautaire et au troisième pilier concernant la coopération judiciaire et policière en matière pénale figurent désormais respectivement aux articles 11 et 11 A du TCE, et aux articles 40, 40 A et 40 B du titre VI du TUE. Elles s'attachent, pour l'essentiel, à décrire la procédure d'autorisation d'une coopération renforcée, la procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres, ainsi qu'à fixer les règles de leur fonctionnement interne.

Sur le fond, les modifications principales apportées par le traité de Nice visent à :

- supprimer le droit de veto lors de la procédure d'autorisation ;
- renforcer les pouvoirs du Parlement européen (pilier communautaire) et de la Commission (troisième pilier) dans la procédure d'autorisation;
- fixer un nombre minimal d'États participants invariable, à savoir huit États ;
- préciser que les actes issus des coopérations renforcées « ne font pas partie de l'acquis de l'Union », lesquels ne s'imposent donc pas aux candidats à l'adhésion ;
- préciser quelque peu les domaines communautaires qui (ne) peuvent (pas) faire l'objet d'une coopération renforcée ;
- supprimer ou infléchir certaines conditions matérielles jugées trop limitatives ;
- préciser que l'objectif est de renforcer le processus d'intégration, et encourager la participation du plus grand nombre possible d'États membres ;

Enfin, le mécanisme de la coopération renforcée a été étendu aux activités du deuxième pilier, en matière de politique étrangère et de sécurité commune, mais de

⁸⁸ . Article 45 du TUE. En revanche, l'article 45 du TUE issu du traité d'Amsterdam concernant l'information régulière du Parlement européen a été supprimé, notamment compte tenu de ses nouveaux pouvoirs en la matière.

façon extrêmement réduite⁸⁹ : une coopération renforcée ne peut porter sur des questions ayant des implications militaires ni dans le domaine de la défense, et elle ne peut porter que sur la mise en œuvre d'une action ou d'une position commune⁹⁰. Il a aussi été question d'organiser dans le domaine de la défense un système de coopération renforcée « prédéterminée », à l'instar par exemple de la monnaie unique. Celle-ci finira par voir le jour, on le sait, à la suite des travaux de la Convention européenne, sous le concept de « coopération structurée », qualifiée ensuite de « permanente » par la CIG 2003 – 2004⁹¹.

L'impression générale, au lendemain du traité de Nice, fut que la réflexion d'Amsterdam sur les coopérations renforcées n'était pas mûre, et qu'elle s'est approfondie lors de la CIG conduisant au traité de Nice⁹². Les travaux de la Convention laissent toutefois penser que la réflexion n'était pas arrivée à son terme, à un moment où le mécanisme n'avait d'ailleurs toujours jamais été utilisé.

III. Dans la Constitution européenne

A. Aperçu des travaux de la Convention européenne et de la Conférence intergouvernementale 2003 - 2004

C'est à peine deux mois avant la transmission définitive du résultat des travaux de la Convention au Conseil européen de Rome du 18 juillet 2003 que le Praesidium a soumis aux conventionnels, sans débat spécifique préalable, un premier projet d'articles commentés et accompagnés d'une note descriptive⁹³. Ces articles furent présentés et débattus pour la première fois en session plénière lors des sessions des 30

⁸⁹ . L'opposition sur ce point provenait pour l'essentiel du Royaume-Uni, de l'Irlande et de la Suède (source diplomatique).

⁹⁰ . V. les articles 27 A à 27 E du TCE.

⁹¹ . Sur ce sujet, v. *infra*, Titre II.

⁹² . V. à titre d'exemple le rapport de la présidence au Conseil européen de Feira qui estime « utile de mieux cerner le concept même de coopération renforcée ainsi que les différentes réalités qu'il recouvre (...) », notamment en comparant les coopérations renforcées 'prédéterminées' et les 'clauses d'habilitation', CONFER 4750/00, p. 51 à 56. Nous reviendrons sur ces concepts au Chapitre 28. V. aussi le document CONFER 4761/00 du 18 juillet 2000. Jamais un tel degré d'analyse n'avait été atteint lors de la CIG précédant le sommet d'Amsterdam.

⁹³ . CONV 723/03, du 14 mai 2003.

et 31 mai 2003 ⁹⁴. Ils ont également fait l'objet de nombreuses propositions d'amendements qui ont été compilées et synthétisées par le secrétariat de la Convention ⁹⁵. Pourtant, à part l'adaptation du vote majoritaire au sein d'une coopération renforcée, ces articles figureront pratiquement tels quels dans le projet de traité soumis la première fois au Conseil européen de Thessalonique du 20 juin 2003 ⁹⁶. En effet, dans l'ensemble, le projet d'articles fut d'emblée bien accueilli par la Convention, notamment grâce à une profonde refonte et une simplification des dispositions des traités en vigueur. Sur le fond, une majorité de conventionnels semblaient soutenir, voire renforcer les propositions de changements qui visaient pour l'essentiel à faciliter un recours effectif et utile au mécanisme, ainsi qu'à l'étendre dans le domaine de la PESC, tandis que d'autres campaient sur les compromis obtenus dans le traité de Nice ou cherchaient à exclure toute coopération renforcée dans le domaine de la défense.

La proposition d'amendement la plus originale, mais aussi la plus radicale, qui a sans doute été inspirée par le projet « Pénélope » de la Commission européenne ⁹⁷, fut de supprimer purement et simplement ce mécanisme jugé contraire à l'idée de constitution, d'égalité de traitement, et de simplification des instruments et procédures, dangereux pour la cohésion de l'Union, notamment sur le plan institutionnel, et comme une alternative inférieure à l'extension du vote majoritaire ⁹⁸.

⁹⁴ . V. l'article I – 43 dans la première version consolidée des projets d'articles modifiés de la première partie de la Constitution, CONV 724/03 REV 1, du 28 mai 2003 (avec les commentaires, v. CONV 724/03 du 26 mai 2003, p. 105), ainsi que les articles III – 318 à III – 325 dans la première version consolidée des projets d'articles modifiés de ce qui deviendra la troisième partie de la Constitution, CONV 725/03, du 25 mai 2003, p. 172 (sans les commentaires). Mises à part la numérotation et l'adaptation des références, ces articles reprennent quasiment de façon inchangée ceux présentés dans le document CONV 723/03 précité. Le rapport de synthèse de cette session plénière figure dans le document CONV 783/03 du 16 juin 2003.

⁹⁵ . V. la fiche d'analyse portant sur l'article I – 43, CONV 779/03 du 4 juin 2003, et la fiche d'analyse portant sur les articles III – 318 à 325, CONV 791/03 du 6 juin 2003.

⁹⁶ . CONV 820/3 du 20 juin 2003 (parties I et II), et CONV 802/03 du 12 juin 2003 (état des travaux de la partie III).

⁹⁷ . *Contribution à un avant-projet de Constitution de l'Union européenne, Document de travail* http://europa.eu.int/futurum/comm/documents/penelope_fr.htm, également publié par les Editions Clément Juglar, Paris, 2003. Le projet « Pénélope » ne reprend pas les dispositions sur la coopération renforcée, sans toutefois expliquer ce choix.

⁹⁸ . V. la contribution d'A. Duff, CONV 759/03 du 22 mai 2003 (CONTRIB 336). En revanche, la proposition reconnaissait le besoin d'une forme spécifique de coopération entre certains États membres en matière de défense, et suggérait par ailleurs, d'une part de généraliser la possibilité de créer des Unions régionales sur le modèle du Benelux, et d'autre part de créer un statut de membre associé.

La Convention ne pouvait se résoudre à balayer d'un revers de la main le fruit de deux conférences intergouvernementales.

L'argument le plus souvent entendu justifiant de conserver et d'améliorer ce mécanisme fut que dans une Union européenne élargie et toujours plus hétérogène, des coopérations renforcées pourraient s'avérer utiles, et que l'existence d'un tel mécanisme devrait inciter les États membres à ne pas conduire de coopérations plus étroites en dehors du cadre de l'Union.

Dans la version définitive du projet de la Convention remis au Conseil européen de Rome du 18 juillet 2003 ⁹⁹, qui était censée se limiter à des adaptations techniques dans la troisième partie, figure un nouvel article. Celui-ci consiste à instaurer un système de passerelle au sein même d'une coopération renforcée qui permettrait à celle-ci de déroger aux règles de vote établies par la Constitution. Cet amendement, d'origine belge et franco-allemande, fut âprement débattu lors des ultimes réunions du Praesidium, et fut soumis à la Convention lors de sa dernière session plénière, celle qui devait adopter le projet de Constitution par consensus ¹⁰⁰. Cette nouveauté fut présentée comme procédant d'un compromis touchant à la fois l'extension du vote majoritaire et la procédure simplifiée de révision du traité constitutionnel. C'est également dans la phase finale des travaux que fut réglée la question de l'application du mécanisme au domaine de la défense, notamment eu égard à la création d'une coopération structurée permanente dans ce domaine.

Lors de la Conférence intergouvernementale qui a suivi la Convention européenne, deux propositions concernant les coopérations renforcées figurent dans le premier document d'ensemble présenté par la présidence italienne à la veille de la réunion ministérielle de Naples, au mois de novembre 2003. L'une, qui subsistera jusque dans la version finale du texte agréé par la CIG, consiste à introduire un vote à l'unanimité au Conseil dans le cadre de la PESC, aussi bien à l'occasion de la décision d'autorisation d'une coopération renforcée qu'à celle concernant la participation

⁹⁹ . Articles I – 43 et III – 322 à 329, CONV 850/03.

¹⁰⁰ . Article III – 324 bis (CONV 847/03, du 8 juillet 2003), devenu article III – 328 dans la version finale CONV 850/03.

ultérieure d'autres États membres (fût-ce l'unanimité des seuls participants) ¹⁰¹. Tel fut le prix à concéder pour conserver l'extension du champ d'action des coopérations renforcées à la PESC sans restriction à la seule mise en œuvre d'une action ou position commune, ainsi qu'au domaine de la défense. L'autre fut de supprimer le système de passerelle propre à la coopération renforcée, pourtant contesté par un nombre très limité de délégations (en particulier les délégations britanniques et espagnoles)¹⁰². Comme à la Convention, il réapparaîtra dans le round final de la négociation dans la perspective d'un compromis global, principalement sous la pression franco-allemande ¹⁰³.

B. Présentation générale des dispositions de la Constitution européenne relatives « aux coopérations renforcées »

Le premier résultat tangible de la Constitution est d'avoir largement simplifié la présentation des dispositions sur les coopérations renforcées. Le traité de Nice s'y était déjà essayé, mais dans une mesure limitée par la structure en pilier de l'Union (v. *supra*). Dans la Constitution, les dispositions relatives aux coopérations renforcées figurent à l'article I – 44 et aux articles III – 416 à III - 423. Le pluriel que prend « coopérations renforcées » indique d'emblée que le mécanisme général dont il s'agit (celui de « la coopération renforcée ») ne vise pas à créer *une* avant-garde dans un domaine particulier, ce qui était d'ailleurs déjà bien le cas dans la conception des traités d'Amsterdam et de Nice ¹⁰⁴.

L'article unique dans la première partie de la Constitution souligne d'emblée que c'est dans le cadre des objectifs, des compétences (non exclusives), des instruments et des institutions de l'Union que peuvent être conduites des coopérations renforcées, tout en indiquant les adaptations institutionnelles au sein du Conseil et le champ d'application de leurs actes. Il pose en outre les conditions préalables au déclenchement (dernier ressort et seuil minimal de participation) d'une coopération renforcée par une décision du Conseil. Les articles de la troisième partie de la Constitution concernent,

¹⁰¹ . Articles III – 325, § 2 et 326, § 2, CIG 52/03 ADD 1, p. 54.

¹⁰² . Suppression de l'article III – 328, CIG 52/03 ADD 1, p. 55.

¹⁰³ . V. le document CIG 80/04 du 12 juin 2004, annexe 9, p. 15.

¹⁰⁴ . Le traité de Nice avait introduit l'expression au pluriel à plusieurs endroits dans le dispositif.

respectivement, les conditions matérielles générales, les relations avec les États non participants, le principe d'ouverture, la procédure d'autorisation initiale, la procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres, les implications financières, le système de passerelle interne permettant de modifier les procédures de décision au sein d'une coopération renforcée, et enfin un principe de cohérence générale.

Sur le fond, les modifications principales apportées par la Constitution sont les suivantes :

- Le champ d'application potentiel des coopérations renforcées a été étendu au domaine de la défense, et d'une manière plus générale à la PESC, sans restriction à la mise en œuvre d'une action commune. Toutefois, la CIG a réintroduit le vote à l'unanimité au stade de l'autorisation ainsi qu'au stade de la participation ultérieure (en l'occurrence, l'unanimité des seuls participants), ce qui constitue une régression procédurale par rapport au traité de Nice
- Dans les autres domaines, les procédures initiales d'autorisation et celles relatives à la participation ultérieure ont été allégées et unifiées, tout en renforçant le rôle de la Commission et du Parlement européen.
- La condition dite du « dernier ressort » a été quelque peu allégée dès lors que sa constatation peut être concomitante à la décision d'autorisation (et non plus préalable à celle-ci) . Elle ne conditionne pas en soi le champ d'application d'une coopération renforcée, lequel devra être précisé dans la demande des États membres souhaitant s'y engager.
- Un système particulier de déclenchement a été prévu en matière de coopération judiciaire en matière pénale : dans certaines conditions de blocage persistant, l'autorisation du Conseil pour mettre sur pied une coopération renforcée est réputée accordée.
- Le seuil minimal de participation a été fixé à une proportion des États membres (un tiers au lieu de huit).

- Le principe d'ouverture est en principe renforcé, tout en admettant la possibilité d'établir dès le départ, dans la décision d'autorisation, des conditions objectives de participation.
- Une « passerelle » générale permet au Conseil, statuant à l'unanimité des seuls États membres participants, de changer la procédure de décision prévue par la Constitution lors de la mise en œuvre d'une coopération renforcée (unanimité en majorité qualifiée, ou procédure législative spéciale en procédure ordinaire), à l'exception des décisions en matière de défense ou comportant des implications militaires.

CHAPITRE 2. — CADRE CONSTITUTIONNEL DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

I. Principe : fonctionnement des coopérations renforcées dans le cadre constitutionnel de l'Union

La caractéristique fondamentale d'une coopération renforcée est de fonctionner dans le même cadre institutionnel que celui de l'Union, et de façon plus générale, dans le même cadre constitutionnel. Une coopération renforcée ne pourrait donc en principe rien faire d'autre que ne le pourrait faire l'Union dans son ensemble, ni agir d'une autre façon qu'elle ne pourrait le faire. Le cadre constitutionnel des coopérations renforcées est le même que celui de l'Union.

Si cette caractéristique fondamentale n'apparaît pas comme telle dans les traités, elle peut être déduite de plusieurs dispositions. Ainsi, l'article 11, § 4 du TCE issu du traité d'Amsterdam dispose que « *les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre des actions de coopération sont soumises à toutes les dispositions pertinentes* »

du TCE. En indiquant que « *les dispositions des articles 29 à 41 du TUE* ¹⁰⁵ *s'appliquent à la coopération renforcée* » menée dans le troisième pilier, l'article 40, § 4 du TUE issu du traité d'Amsterdam signifie la même chose. Le traité de Nice reprend les mêmes préceptes aux articles 11, § 3 du TCE et 40, § 2 du TUE, tout en étendant leur application au fonctionnement interne des coopérations renforcées conduites dans le cadre du deuxième pilier ¹⁰⁶. En revanche, certaines modifications techniques ont été opérées sans qu'on en comprenne toujours la portée. Ainsi ne voit-on pas pourquoi le nouvel article 40, § 2 du TUE rend applicable aux coopérations renforcées dans le cadre du troisième pilier « *les articles 29 à 39 et les articles 40 A, 40 B et 41* » du TUE, excluant implicitement ainsi l'article 40 du TUE lui-même ¹⁰⁷. De plus, les exceptions au principe selon lequel les dispositions habituelles des traités s'appliquent aux coopérations renforcées (en fonction du pilier dans lesquels elles sont conduites) ne visent plus, outre les articles 43 à 45 du TUE, « le présent article » dans sa totalité ¹⁰⁸, mais seulement la disposition concernant la procédure d'autorisation ¹⁰⁹. La raison de ce changement nous est inconnue, et ne nous semble pas avoir beaucoup de sens dans la mesure où l'on ne voit pas ce qui, dans la procédure d'autorisation, pourrait être contraire aux règles de fonctionnement interne des coopérations renforcées.

En réalité, il semble que l'on ait quelque peu perdu de vue, en rédigeant les nouveaux articles 11, § 3 du TCE et 40, § 2 du TUE ¹¹⁰, la raison d'être des dispositions correspondantes provenant du traité d'Amsterdam, à savoir rendre applicable au fonctionnement interne des coopérations renforcées les bases juridiques habituelles, sous réserve des dispositions dérogatoires parmi les dispositions générales des traités sur la coopération renforcée et celles spécifiques à chaque pilier. Les bases juridiques sur lesquelles peuvent s'appuyer les États participant à une coopération renforcée sont

¹⁰⁵. L'article 42 du TUE qui établit une « passerelle » entre le troisième pilier et le pilier communautaire ne « s'applique pas » ne pouvait donc pas être activé par une coopération renforcée.

¹⁰⁶. Article 27 A, § 2 du TUE.

¹⁰⁷. Ce que ne faisait pas l'article 40, § 4 du TUE issu du traité d'Amsterdam, lequel se référait aux articles 29 à 41 sans exception. Il en va de même pour l'article 27 A, § 2 du TUE qui semble exclure inutilement l'application de l'article 27 A du TUE lui-même aux coopérations renforcées dans le cadre du deuxième pilier. Par comparaison, l'article 11, § 3 du TCE ne prévoit pas sa propre exclusion.

¹⁰⁸. V. les articles 11, § 4 du TCE et 40, § 4 du TUE (version *post* Amsterdam).

¹⁰⁹. V. l'article 11, § 3 du TCE visant le reste de l'article 11, l'article 40, § 2 du TUE, visant l'article 40 A du TUE, et dans le deuxième pilier, l'article 27 A, § 2 du TUE, visant l'article 27 C.

donc les mêmes que celles servant à la Communauté ou l'Union dans son ensemble, ni plus, ni moins. Ces bases juridiques déterminent le champ des compétences matérielles susceptibles de faire l'objet d'une coopération renforcée. Elles déterminent également les instruments d'action ainsi que les procédures décisionnelles à suivre, à savoir les pouvoirs respectifs de chaque institution et le mode de vote au sein du Conseil.

Concernant plus précisément le cadre institutionnel des coopérations renforcées, les traités prévoient qu'un groupe d'États membres peut être autorisé à s'engager dans une coopération renforcée en recourant « *aux institutions, procédures et mécanismes* » prévus par les traités qu'un groupe d'États membres ¹¹¹, et à condition de « *respecter lesdits traités ainsi que le cadre institutionnel unique* »¹¹². De même, les traités indiquent que « *les dispositions institutionnelles pertinentes (des traités) s'appliquent* » pour adopter les actes nécessaires à la mise en oeuvre d'une coopération renforcée ¹¹³.

A ce sujet, la Constitution européenne a le mérite de confirmer d'emblée cette caractéristique fondamentale des coopérations renforcées au début de son article I – 44, dans une formule particulièrement concise et globalisante : « *les États membres qui souhaitent instaurer entre eux une coopération renforcée dans le cadre des compétences (non exclusives) de l'Union peuvent recourir aux institutions de celle-ci et exercer ces compétences en appliquant les dispositions appropriées de la Constitution* ».

Il reste qu'un certain nombre de dispositions propres au fonctionnement des coopérations renforcées dérogent au cadre constitutionnel de l'Union. Ces dispositions donnent en effet lieu à certains aménagement d'ordre institutionnel et procédural. Elles posent également un certain nombre de limites quant à l'exercice

¹¹⁰ . Et par extension, dans le deuxième pilier, l'article 27 A, § 2 du TUE.

¹¹¹ . Article 43 du TUE. V. les dispositions similaires issues du traité d'Amsterdam concernant respectivement le premier et troisième piliers (Articles 11, § 1 du TCE et 40, § 1 du TUE).

¹¹² . Article 43, b) du TUE (*idem* version *post* Amsterdam).

¹¹³ . Article 44, § 1 du TUE (*idem* version *post* Amsterdam).

des compétences de l'Union au sein d'une coopération renforcée, qui seront examinées dans le Chapitre suivant.

II. Aménagements du cadre institutionnel de l'Union et champ d'application des actes

La composition et le fonctionnement des institutions ne varient pas lorsqu'elles agissent dans le cadre d'une coopération renforcée, à la seule exception du Conseil des ministres : au sein de celui-ci, seuls « *prennent part à l'adoption des décisions* » les représentants des États membres participant à la coopération renforcée ¹¹⁴. Les autres États membres sont en droit de « *participer* » aux délibérations du Conseil, et donc vraisemblablement aux travaux préparatoires du COREPER et des différents groupes de travail et autres comités. Il devrait logiquement en aller de même pour la « *comitologie* » qui encadre les fonctions d'exécution de la Commission. La participation aux délibérations implique vraisemblablement, outre une présence physique, la possibilité d'intervenir dans la discussion. En revanche, rien n'est prévu, ni dans les traités ni dans la Constitution, concernant la présidence des formations du Conseil ou des comités, en particulier lorsque celle-ci reviendrait à un État membre non participant ¹¹⁵.

On notera à cet endroit un changement de langage dans le texte de la Constitution. Selon l'article I – 44, § 3, tandis que tous les États membres peuvent participer aux délibérations, seuls les représentants des États participant à la coopération renforcée « *prennent part au vote* ». Cette modification a été effectuée par le groupe des experts juridiques de la CIG, sans doute dans un souci d'harmonisation linguistique, au texte de la Convention qui, à l'instar du texte de Nice, se réfère à « l'adoption des actes » ¹¹⁶. Cette différence de langage n'aura peut-être aucune conséquence. Toutefois, la référence au « vote » pourrait être comprise comme plus restrictive que « l'adoption

¹¹⁴. Article 44, § 1 du TUE (*idem* version *post* Amsterdam).

¹¹⁵. *Comp.* avec la présidence de l'*Eurogroupe*, v. Chapitre 21, section IV.

¹¹⁶. Article 43, CONV 850 précité. Par comparaison, on parle de « suspension » du droit de vote à propos des États membres faisant l'objet d'une dérogation en ce qui concerne l'adoption de l'euro, aussi bien dans les traités actuels (article 122, § 5 du TCE) que dans la Constitution (III – 197, § 4), encore que dans le cadre de l'UEM, d'autres formules soient également utilisées, v. v. Chapitre 21, section II.

des décisions », lorsque l'on sait par exemple que le Conseil recourt rarement à une procédure formelle de vote. Certains avaient plaidé, au contraire, lors des travaux de la Convention européenne, pour le principe selon lequel les non participants n'assistent pas aux délibérations du Conseil, à l'instar de la coopération structurée, sauf décision contraire éventuelle au moment de l'autorisation initiale ¹¹⁷.

Quoi qu'il en soit, les règles particulières relatives au fonctionnement du Conseil permettent, fût-ce dans un souci de concision, de parler d'un « *Conseil de la coopération renforcée* » ou encore d'un « *Conseil restreint de la coopération renforcée* ». Celui-ci n'agit pas seulement, sous cette forme, dans la mise en œuvre de la coopération renforcée, mais aussi, nous le verrons, dans certains cas au cours de la procédure décisionnelle relative à la participation ultérieure d'autres États membres aux coopérations renforcées.

De même que seuls les États participant à la coopération renforcée votent au sein du Conseil, seuls ils supportent les dépenses de leurs actions, mis à part les coûts administratifs, et sauf décision contraire unanime du Conseil. Le traité de Nice précise, si cela n'allait pas de soi, que c'est à l'unanimité du Conseil dans sa formation habituelle de tous ses membres qu'il peut être décidé de faire supporter les coûts non administratifs à la charge du budget communautaire, le Parlement européen

¹¹⁷ . Le Praesidium a également examiné une formule laissant la question ouverte, les modalités de participation aux travaux et aux délibérations étant réglées au cas par cas dans la décision initiale d'autorisation (v. CONV 723/03, p. 23). On trouve également trace d'une participation éventuellement restreinte des non participants aux travaux ou aux délibérations à l'article III – 418 de la Constitution qui généralise l'information du Conseil dans son ensemble de l'évolution des coopérations renforcées (par la Commission, ou le cas échéant par le Ministre des affaires étrangères). Cette réflexion était alimentée par la perspective de créer une coopération renforcée en matière de défense (devenue la coopération structurée permanente) qui exigeait davantage « d'intimité » dans les travaux du Conseil. En toute hypothèse, on a fait remarquer que rien n'empêchait les participants de se réunir entre eux de façon informelle, à l'instar de l'*Eurogroupe*. Sur la coopération structurée, v. Chapitre 9.

obtenant en outre d'être consulté sur ce point ¹¹⁸. La Constitution dispose de même, quoique d'autres formules aient été envisagées ¹¹⁹.

Ces aménagements institutionnels sont le corollaire logique à la caractéristique fondamentale du nouveau mécanisme, à savoir que les actes adoptés au sein de la coopération renforcée ne sont applicables qu'aux participants de celle-ci. Le traité d'Amsterdam disposait à cet égard que « *les États membres appliquent, dans la mesure où ils sont concernés, les actes et décisions pris pour la mise en œuvre de la coopération à laquelle ils participent* »¹²⁰. Afin d'éviter toute ambiguïté, le traité de Nice ajoute que ces actes « *ne lient que les États membres qui y participent et ne sont, le cas échéant, directement applicables que dans ces États* » ¹²¹. Compte tenu des hésitations qui sont apparues quant au champ d'application de certains règlements adoptés par le Conseil en formation « restreinte » dans la mise en œuvre de l'UEM, la précision n'est sans doute pas inutile ¹²².

La composition et le fonctionnement de la Commission européenne, de la Cour de justice et du Parlement européen ne varient donc pas lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs dans le cadre d'une coopération renforcée. La décision initiale d'autorisation ne saurait apporter aucune dérogation en la matière sans violer le TUE, et demain la Constitution.

¹¹⁸ . Article 44 A du TUE. *Comp.* article 44, § 2 du TUE (version *post* Amsterdam). Le Parlement européen avait recommandé de respecter le principe d'unité budgétaire et que le budget de l'Union comporte « une structure avec recettes et dépenses afin d'y inscrire les dépenses prévues, les crédits ne devant pas être inclus dans le plafond des ressources propres et des perspectives financières », et enfin que les modalités fassent l'objet d'un accord interinstitutionnel, (résolution du 25 octobre 2000, précitée, point 15).

¹¹⁹ . Article III – 421 de la Constitution. Un amendement d'origine française suggérait que ce soit la décision d'autorisation elle-même (donc adoptée à la majorité qualifiée) qui puisse déroger à ce principe (amendement rapporté dans CONV 821/03 du 27 juin 2003, p. 4)

¹²⁰ . Article 43, § 3 du TUE.

¹²¹ . Article 44, § 2 du TUE. A un stade antérieur de la négociation, il avait été question d'adapter dans ce sens l'article 249 du TCE relatif à la typologie des actes (CONFER 4798/00, 9 novembre 2000, p. 5).

¹²² . Sur cette question, v. *infra*, Chapitre 21, notamment la section III, ainsi que J.V. Louis, « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union, *C.M.L. Rev.*, 1998, pp. 64 et s. ; du même auteur, « Differentiation in EMU », in B. De Witte, D. Hanf, & E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001.

Si la solution allait de soi pour les deux institutions supranationales que sont la Commission et la Cour ¹²³, elle était moins évidente pour le Parlement, dont on pourrait envisager une composition à géométrie variable, surtout dans l'hypothèse où la coopération renforcée devrait recourir à la procédure de codécision. Ainsi, le *Club de Florence* préconisait une solution analogue à celle retenue pour le Conseil, à savoir réserver le droit de vote aux parlementaires élus dans les États participant à une avant-garde, tout en prévoyant une délibération en séance plénière du Parlement ¹²⁴. Tel ne fut pas le choix des trois dernières Conférences intergouvernementales, nonobstant la diminution par le traité de Nice, confirmée par la Constitution (v. *infra*), du nombre minimal des participants aux coopérations renforcées. Le Parlement conserve donc l'unité institutionnelle qu'il a toujours revendiquée ¹²⁵, à l'instar de la solution retenue pour la mise en œuvre de l'UEM, et surtout de l'ancien protocole sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht.

Illustrons le propos par l'exemple d'une coopération renforcée dont l'Allemagne ne ferait pas partie : accepterait-on que les membres du Parlement européen élus dans ce pays, à savoir près d'un parlementaire sur sept, prennent part à la procédure législative sur des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci et qui ne s'appliqueraient donc pas dans ce pays ? Il est vrai qu'un euro-parlementaire est censé représenter davantage l'Union dans son ensemble que son pays d'origine, mais comment pourrait-il ne représenter qu'une partie de l'Union ? La seule façon de justifier la composition pleine du Parlement européen serait de postuler le caractère provisoire des coopérations renforcées dont l'acquis serait dès lors appelé à devenir

¹²³. V. cependant le projet de rapport sur la Constitution de l'Union européenne établi par la Commission institutionnelle du Parlement européen (dit «projet Herman » : P.E., Résolution du 10 février 1994 sur la Constitution de l'Union européenne, *J.O.* C 61 du 28 février 1994). L'article 46 de ce projet prévoyait que les membres de la Commission relevant des États restés en dehors de l'avant-garde étaient également exclus de la discussion et du vote.

¹²⁴. Club de Florence, *Europe : l'impossible statu quo*, (préface de Jacques Delors), Paris, Stock, 1996, pp. 242 et s. Il est vrai que cette formule était directement inspirée par son projet de «Communauté politique», dont le nombre de membres aurait pu être beaucoup plus réduit que la majorité requise pour mener une coopération renforcée. La formule d'un Parlement européen à géométrie variable était aussi défendue par C.D. Ehlermann, «Différenciation accrue ou uniformité renforcée, *RMUE.*, 3/1995, p. 216.

¹²⁵. Résolution du 17 mai 1995, PE 190.441, point 16 ; Résolution du 16 juillet 1998 sur la mise en œuvre du traité d'Amsterdam : implications des coopérations renforcées, *J.O.* C 292, du 31 septembre 1998, p. 143; Résolution du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée, précitée, point 14.

un jour celui de l'Union dans son ensemble ¹²⁶. Mise à part, peut-être, la recommandation que soit encouragée la participation du plus grand nombre ¹²⁷, ce caractère provisoire n'apparaît nulle part et rien n'empêcherait la permanence éventuelle des coopérations renforcées. Il reste que le caractère provisoire demeure une éventualité, et que le mécanisme entrevoit à tout le moins la participation ultérieure d'autres États membres que ceux s'y engageant dès le départ, de sorte que des actes qui s'imposeraient alors à eux pourraient n'avoir reçu l'approbation que d'une partie du Parlement européen. Cette situation pourrait effectivement être considérée comme plus illégitime encore que celle d'un Parlement européen statuant en composition pleine dans le cadre d'une coopération renforcée éventuellement permanente.

On notera enfin que l'article 45 du TUE issu du traité d'Amsterdam concernant l'information régulière du Parlement européen à propos des actions des coopérations renforcées a été supprimé par le traité de Nice. Ceci s'explique sans doute par le rôle qu'il continue de jouer dans le processus de décision interne à la coopération renforcée, ainsi que ses nouvelles prérogatives dans la procédure d'autorisation (v. *infra*). Toutefois, l'information régulière du Parlement eut été encore utile pour le tenir au courant des participations ultérieures dont il est généralement absent du processus de décision. En ce qui concerne les coopérations renforcées engagées dans le cadre du deuxième pilier, le traité de Nice prévoit que le haut représentant pour la PESC veille en particulier à l'information du Parlement, tout comme celle des autres États membres du Conseil n'y participant pas ¹²⁸. C'est ce qui explique que sur ce point, la Constitution a réintroduit une clause générale prévoyant l'information régulière du Parlement européen par la Commission, et le cas échéant, dans le cadre de la PESC, par le futur Ministre des affaires étrangères de l'Union ¹²⁹.

¹²⁶ . Ce qui est d'ailleurs quelque peu contradictoire avec les termes du traité de Nice qui ne considère pas cet acquis comme faisant partie de l'acquis de l'Union, v. Chapitre VII.

¹²⁷ . Article 43 B du TUE, repris à l'article III – 418 de la Constitution.

¹²⁸ . Article 27 D du TUE.

¹²⁹ . Article III – 418, § 2 de la Constitution.

III. Aménagements des procédures de décision : système de « passerelle »

Les procédures de décision à suivre au sein d'une coopération renforcée sont en principe les mêmes que celles indiquées dans les bases juridiques des traités pour l'action de l'Union dans son ensemble. L'on a bien évoqué, au cours de la négociation du traité de Nice, la possibilité pour les participants aux coopérations renforcées d'assouplir de façon autonome leurs règles internes de fonctionnement, par exemple dans le but de recourir plus largement au vote à la majorité qualifiée, ou encore d'instaurer une présidence plus permanente ¹³⁰.

A cet égard, une des innovations les plus originales de la Constitution ¹³¹, mais aussi une des plus controversées, consiste à avoir transposé aux coopérations renforcées le nouveau système de « passerelle » général. Celui-ci permet de modifier la procédure de décision exigée par les bases juridiques du texte constitutionnel sans devoir recourir à la procédure ordinaire de révision du traité, mais bien à une procédure simplifiée, à savoir un vote à l'unanimité du Conseil européen ¹³². *Mutatis mutandis*, le Conseil des ministres (et non plus le Conseil européen) statuant à l'unanimité, mais dans sa formation « réduite » aux participants à la coopération renforcée, peut décider que les actions soient menées en son sein en recourant au vote à la majorité qualifiée ou à la procédure législative ordinaire dans des cas où les dispositions de la Constitution susceptibles d'y être appliquées prévoient, respectivement, un vote à l'unanimité ou le recours à une procédure législative spéciale ¹³³. Cette faculté est toutefois exclue dans le domaine de la défense et pour les questions ayant des implications militaires, comme elle l'est au demeurant dans le cadre de la passerelle générale. Une déclaration annexée à l'acte final du traité constitutionnel suggère que les États membres désireux de s'engager dans une coopération renforcée puissent déjà

¹³⁰ . V. par exemple le document CONFER 4761/00, 18 juillet 2000, p. 4.

¹³¹ . D'origine franco-belgo-allemande, (v. CONV 821/03 du 27 juin 2003, p. 1)

¹³² . Article IV – 444 de la Constitution. La procédure permettant d'activer la passerelle générale prévoit par ailleurs l'approbation par le Parlement européen, et la possibilité pour chaque parlement national de s'y opposer.

¹³³ . Article III – 422 de la Constitution. En principe, comme pour la passerelle générale, le changement de procédure devrait concerner tous les actes adoptés ultérieurement qui se fondent sur la base juridique modifiée. La formulation de l'article III – 422 ne semble toutefois pas exclure qu'un tel changement puisse n'être opéré que pour l'adoption d'un acte ponctuel.

faire part de leur intention d'activer cette passerelle au moment de soumettre leur demande ¹³⁴.

La logique sous-jacente à cette « passerelle » fut qu'une coopération *renforcée* puisse l'être non seulement dans le contenu d'une politique, mais aussi sur le plan procédural ¹³⁵, et que de surcroît, le système de passerelle appartienne dorénavant au cadre institutionnel général de l'Union dans lequel les coopérations renforcées agissent. On a pu penser à cet égard que l'article IV – 444 instituant la « passerelle générale » constituait déjà une disposition susceptible d'être appliquée au sein d'une coopération renforcée, de sorte qu'une passerelle destinée spécialement aux coopérations renforcées n'était pas nécessaire. Un obstacle technique empêchait toutefois cette éventualité du fait que c'est le Conseil européen qui peut activer la passerelle générale. Or la Constitution ne prévoyait pas de formation « restreinte » du Conseil européen susceptible d'agir dans le cadre d'une coopération renforcée, et donc *a fortiori* d'activer la passerelle. ¹³⁶.

L'originalité profonde, toutefois, qui explique sans doute les réticences sur ce sujet tout au long des travaux de la Convention et de la CIG, réside dans le fait qu'un tel changement de procédure devrait normalement faire partie de l'acquis de la coopération renforcée, lequel s'imposerait automatiquement à tout État membre y participant ultérieurement. De la sorte, c'est *de facto* de façon définitive que le changement de procédure pourra être opéré, sans consentement préalable et concomitant de tous les États membres. De plus, contrairement au système de passerelle général, il n'est pas donné la possibilité aux parlements nationaux de s'y

¹³⁴ . Déclaration ad article III – 419 (cet article a trait à la procédure d'autorisation initiale). Une version antérieure de la déclaration indiquait que ces États membres « devraient » indiquer leur intention à ce stade préalable, avant que le Conseil ne puisse statuer sur la décision d'autorisation en connaissance de cause (document CIG 83/04, p. 22).

¹³⁵ . De sorte que l'on a aussi envisagé le recours automatique au vote majoritaire au sein d'une coopération renforcée.

¹³⁶ . En revanche, la Constitution a aussi prévu des passerelles dans des domaines spécifiques permettant, par une décision unanime du Conseil des ministres, de recourir à la procédure législative ordinaire, par exemple dans le domaine de la protection et la sécurité sociale (article III – 210, § 3), en matière d'environnement (article 234, § 2) ou encore de droit de la famille (article III – 269, § 3). Il n'est pas exclu que l'activation de ces passerelles spécifiques dans le cadre d'une coopération renforcée puisse s'avérer utile, nous y reviendrons dans la Partie finale, à propos des domaines envisageables pour une coopération renforcée.

opposer, ni au Parlement européen le pouvoir de donner son approbation sur ce changement de procédure.

L'avenir dira quelles seront les implications d'une telle formule sur la dynamique des coopérations renforcées. D'une part, elle pourrait constituer une motivation supplémentaire pour recourir au mécanisme de la coopération renforcée, du moins en ce qui concerne les États membres désireux d'aller de l'avant et d'abandonner la contrainte de l'unanimité. D'autre part, une telle perspective pourrait accentuer le sentiment d'exclusion des non participants, de sorte que ceux-ci pourraient être encore davantage tentés de participer dès le départ à la coopération renforcée projetée¹³⁷ afin notamment de pouvoir bloquer l'activation de la passerelle. Une telle perspective pourrait également être un incitant supplémentaire pour forcer le consensus dans les questions soumises à l'unanimité de tous les États membres.

IV. Adaptation de la définition du vote à majorité qualifiée au sein du Conseil « restreint » de la coopération renforcée

Le fait que les non participants ne prennent pas part au vote du Conseil agissant dans le cadre d'une coopération renforcée rend nécessaire d'adapter la définition du vote à majorité qualifiée. Lorsque la coopération renforcée est appelée à se prononcer à l'unanimité, il est évident qu'il s'agit de l'unanimité des seuls participants. La question est moins simple pour la majorité qualifiée dont l'adaptation dépend de la définition générale de celle-ci.

Le principe retenu par les traités d'Amsterdam et de Nice consistait à calculer la majorité qualifiée en exigeant la même proportion des voix pondérées des États participants que le seuil fixé par la définition générale du vote à majorité qualifiée, sans adapter la pondération elle-même¹³⁸. On observera que ce principe de transposition n'allait pas de soi. Dans le contexte de l'UEM, par exemple, seulement deux tiers des voix pondérées (au lieu d'environ 71% ou plus) sont requis afin de

¹³⁷ . Conformément au principe d'ouverture (*v. infra*).

¹³⁸ . Article 44 du TUE (*idem* dans la version *post* Amsterdam).

faciliter la prise de décision au sein du « Conseil restreint »¹³⁹. De plus, en n'adaptant ni la pondération des voix ni le seuil requis pour obtenir une majorité qualifiée, une telle transposition devrait avoir pour effet de renforcer le poids relatif des États les plus peuplés dans le processus décisionnel.

La Constitution a profondément modifié la définition générale de la majorité qualifiée d'une manière telle qu'elle ne permette plus un report automatique à celle calculée au sein d'une coopération renforcée.

A. Dans les traités

Dans le traité d'Amsterdam, le seuil requis pour obtenir une majorité qualifiée au sein d'une coopération renforcée était fixé à environ 71% des voix des participants, conformément à l'article 205, § 2 du TCE, du moins si l'on ne tient pas compte du compromis d'*Ionnina*¹⁴⁰. Le traité de Nice modifie quant à lui le calcul du vote à la majorité qualifiée de trois façons qui ne manquent pas de se répercuter sur le fonctionnement interne des coopérations renforcées

D'abord la nouvelle pondération des voix renforce de façon significative le pouvoir des États les plus peuplés (surtout durant la période précédant l'élargissement de l'Union aux douze ou treize candidats à l'adhésion d'alors)¹⁴¹. Dès lors que ni cette nouvelle pondération, ni le nouveau seuil, qui tend à s'élever¹⁴², des votes pondérés requis pour obtenir la majorité qualifiée ne sont adaptés lorsque le Conseil au sein

¹³⁹ . Article 122, § 5 du TCE. Le protocole sur la politique sociale fixait quant à lui le seuil de la majorité qualifiée à 44 voix (52 depuis l'élargissement à Quinze), soit entre 66 et 67 % des voix pondérées. La Constitution n'a cependant pas repris ce principe, v. *infra*.

¹⁴⁰ . Décision du Conseil du 29 mars 1994 (*J.O.* C 105 du 13 avril 1994, p. 1), modifiée par la Décision du Conseil du 1er janvier 1995 (*J.O.* C 1 du 1er janvier 1995, p. 1). Ce compromis issu de l'élargissement à Quinze revenait à réduire la minorité de blocage de 26 à 23 voix sur un total de 87 voix. Nul ne sait s'il était également applicable au sein d'une coopération renforcée.

¹⁴¹ . *Comp.* l'article 205, § 2 du TCE actuel, et les modifications prévues à partir du 1er janvier 2005 par l'article 3 du protocole sur l'élargissement de l'Union européenne, annexé au traité de Nice. V. aussi la déclaration n° 20 relative à l'élargissement de l'Union européenne, annexée à l'acte final du traité de Nice (point 2). V. enfin les modifications apportées au traité de Nice par le traité d'adhésion d'Athènes du 16 avril 2003.

¹⁴² . Le seuil de la majorité qualifiée devrait progressivement augmenter au fil des élargissements sans dépasser 73,4 % des voix pondérées, v. la déclaration n° 21 relative au « seuil de la majorité qualifiée et au nombre de voix de la minorité de blocage dans une Union élargie », annexée à l'acte final du traité de Nice.

d'une coopération renforcée, la prédominance des « grands » y sera potentiellement plus forte encore, pour ne pas dire démesurée dans une coopération renforcée composée par exemple de seulement huit États sur vingt-cinq.

Ensuite, la réforme de Nice prévoit que le seuil des votes pondérés doit exprimer le vote favorable d'au moins la majorité des États membres, et deux tiers de ceux-ci lorsque qu'un acte ne trouve pas son origine dans une proposition de la Commission (ce qui revient à généraliser une proportion chiffrée qui a évolué au cours des élargissements en respectant la proportion des deux tiers des États membres, à savoir dix États membres sur quinze)¹⁴³. Cette exigence d'une majorité simple ou de deux tiers des États se reporte à l'occasion du vote à la majorité qualifiée au sein d'une coopération renforcée. De la sorte, le traité de Nice remédie à une lacune du traité d'Amsterdam.

De surcroît, le traité de Nice a établi une clause dite du « filet démocratique » qui s'apparente à une troisième majorité pondérée en fonction de la population de chaque État membre : un membre du Conseil peut exiger qu'il soit vérifié que la majorité qualifiée obtenue conformément à l'article 205, § 2 du TCE révisé comprenne au moins 62 % de la population totale de l'Union¹⁴⁴. Cette clause, qui donne un avantage considérable à l'Allemagne¹⁴⁵, n'est reprise dans l'adaptation du vote à majorité qualifiée au sein du Conseil restreint de la coopération renforcée que lorsque celle-ci agit dans le cadre du deuxième pilier¹⁴⁶. Elle est également reprise dans les cas où le Conseil vote à la majorité qualifiée dans sa formation pleine, en l'occurrence au stade de l'autorisation et de la participation ultérieure¹⁴⁷. Il est donc possible que l'on se soit attaché à ne faire valoir la clause du « filet démocratique » que pour les

¹⁴³ . *Comp.* l'article 205, § 2 du TCE, et celui modifié par l'article 3 du protocole sur l'élargissement de l'Union européenne, annexé au traité de Nice, à partir du 1er janvier 2005. V. aussi les adaptations portées par le traité d'adhésion du 16 avril 2003.

¹⁴⁴ . Nouvel article 205, § 4 du TCE introduit par l'article 3 du protocole sur l'élargissement de l'Union européenne, précité.

¹⁴⁵ . En compensation du « non décrochage » relativement à la pondération des voix avec la France et les deux autres grands.

¹⁴⁶ . L'article 44 du TUE se réfère en effet à l'article 23, § 2, troisième alinéa du TUE qui a été modifié en tenant compte de la clause du « filet démocratique », tandis qu'il ne vise ni la disposition correspondante dans le troisième pilier (article 34 du TUE), ni dans le pilier communautaire (article 205, § 4 du TCE). V. l'article 3 du protocole sur l'élargissement de l'Union européenne, annexé au traité de Nice.

coopérations renforcées conduites dans le deuxième pilier, encore que l'on pourrait se demander pourquoi l'on aurait cherché à éviter une prédominance de l'Allemagne dans le fonctionnement des seules coopérations renforcées conduites dans le cadre du deuxième pilier plutôt que les autres ¹⁴⁸.

Enfin, toujours dans le deuxième pilier, nonobstant l'application de la clause du « filet démocratique » pour déterminer la majorité qualifiée lors de la mise en œuvre d'une coopération renforcée, il semble qu'il soit toujours loisible à un État membre de se prévaloir de « *raisons de politiques nationales importantes* » pour imposer un vote à l'unanimité ¹⁴⁹.

B. Dans la Constitution

La Constitution a profondément revu, à son article I – 25, la définition de la majorité qualifiée au Conseil. Celle-ci est atteinte lorsqu'elle réunit au moins 55% des membres du Conseil (autrement dit, 55 % des voix non pondérées des États membres), comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des États membres réunissant au moins 65 % de la population de l'Union. La correction indiquant que les 55 % des États membres doivent représenter au moins quinze d'entre eux a pour effet de relever ce seuil dans l'Union actuelle composée de Vingt-cinq membres, mais n'aura déjà plus aucun effet dans une Union à Vingt-sept ¹⁵⁰. Il est ajouté, dans un deuxième alinéa de la définition, qu'une minorité de blocage doit

¹⁴⁷ . Articles 27 C et 27 E du TUE.

¹⁴⁸ . Quoiqu'il en soit, la clause du « filet démocratique » ne s'applique jamais pour les coopérations renforcées menées dans le cadre du troisième pilier, tant lorsque le Conseil vote à la majorité qualifiée dans sa formation pleine (procédure d'autorisation - article 40 A, § 2 du TUE, v. *infra*), que dans sa formation « restreinte » (y compris à l'occasion de la procédure relative à la participation ultérieure, v. l'article 40 B du TUE, qui se réfère à l'article 44 du TUE). En revanche, dans le premier pilier, la clause du « filet démocratique », qui ne s'applique pas lors du vote à majorité qualifiée au sein du Conseil en formation « restreinte », s'applique cependant bien dans sa formation pleine, à l'occasion de la décision d'autorisation. C'est sans doute à cet endroit que s'est glissée une erreur, si l'objectif était de n'appliquer la clause du filet démocratique qu'à propos des coopérations renforcées conduites dans le deuxième pilier. Sinon, on a sans doute oublié d'étendre la clause du « filet démocratique » à d'autres cas. Comprenez qui pourra...

¹⁴⁹ . Ainsi comprend-on du moins la référence, dans l'article 44 du TUE, au deuxième alinéa de l'article 23, § 2 du TUE. Il en va de même pour la procédure d'autorisation (article 27 C du TUE), mais pas la procédure de participation ultérieure qui exclut le veto (article 27 E du TUE). Sur ces procédures, v. *infra*.

¹⁵⁰ . « Au moins 55% » des États membres correspond en effet à 14 États membres dans l'Union à Vingt-cinq, mais déjà à 15 États membres dans une Union à Vingt-sept.

comprendre au moins quatre États membres, faute de quoi la majorité qualifiée est réputée acquise. Cette précision a pour objectif d'éviter que dans plusieurs cas de figure, trois États membres parmi les plus peuplés puissent à eux seuls bloquer la formation d'une majorité qualifiée, en exigeant un de plus. Il ne s'agit pas en soi d'une condition ou d'un « correctif » supplémentaire qu'il conviendrait de vérifier lors du comptage de la double majorité 55% - 65%, mais bien d'une seconde définition de la majorité qualifiée dérogeant à la définition générale, qui permet d'adopter une décision soutenue par vingt-deux États membres (dans un Union de Vingt-cinq), quel que soit le pourcentage de la population, y compris dans l'hypothèse envisagée d'un pourcentage inférieur à 65% de la population (ce qui serait le cas si trois États membres minoritaires représentaient par exemple 38% de la population).

Pour définir la majorité qualifiée du Conseil votant en formation « restreinte » au sein d'une coopération renforcée, les seuils de 55% des États membres et 65% de la population ont pu être repris. En revanche, la correction relative au seuil minimal du nombre d'États membres pouvant constituer une minorité de blocage n'a pu être reprise que dans son esprit, le chiffre de quatre n'ayant de sens que dans l'Union dans son ensemble. Ainsi, « *la minorité de blocage doit inclure au moins le nombre minimum des membres du Conseil représentant plus de 35% de la population des États membres participants, plus un membre, faute de quoi la majorité qualifiée est réputée acquise* »¹⁵¹. Autrement dit, la majorité qualifiée pourrait également être obtenue au sein de la coopération renforcée lorsque le nombre minimal des États participants — par hypothèse, ceux les plus peuplés — permettant de réunir au moins 35% de la population de l'ensemble des États participants à la coopération renforcée ne parviendrait pas à obtenir le ralliement d'un État supplémentaire, de sorte que dans certains cas, une majorité qualifiée pourrait être obtenue sans parvenir à réunir les 65 % de la population des États participants. On peut douter que l'on ait réfléchi à toutes les implications d'une telle adaptation, qui dépendent notamment du nombre d'États membres participants et de la proportion des États membres les plus peuplés ¹⁵². Il

¹⁵¹ . Article I – 44, § 3 de la Constitution.

¹⁵² . Par exemple, il existe probablement des cas de figure, notamment dans une coopération renforcée ne comprenant aucun « grand » État, où le nombre minimal d'États membres permettant d'obtenir une minorité de blocage de 35% de la population se monte à plus de 4 ou 5 États membres, de sorte qu'il en faille 5 ou 6 (un de plus) pour pouvoir former une minorité de blocage, ce qui constitue une proportion bien plus élevée que celle de 4 sur 25 prévue pour l'Union dans son ensemble.

semble toutefois à première vue qu'une telle adaptation soit plutôt avantageuse pour les États membres les moins peuplés.

Mutatis mutandis, on aurait pu adapter l'esprit du premier correctif prévoyant que les 55% des États membres devrait représenter au moins 15 États membres, en indiquant que les 55% des États participants à une coopération renforcée, devrait rallier la voix d'un État membre supplémentaire, du moins tant que l'Union n'est pas élargie à Vingt-sept (moment où le correctif cesse de jouer, v. ci-dessus).

D'autre part, l'article I – 25 de la Constitution définit une autre majorité qualifiée dans les cas où le Conseil ne statue pas sur une proposition de la Commission (ou le cas échéant du Ministre des affaires étrangères), à savoir 72% des États membres représentant 65 % de la population. N'ayant pas d'autre correctif, cette formule a été reportée telle quelle dans la définition d'une majorité qualifiée au sein d'une coopération renforcée ¹⁵³. Cette formule s'inspire de celle du traité de Nice, qui exige dans ces cas, non plus la moitié des États membres, mais les deux tiers de ceux-ci (soit 66, 6 %) ¹⁵⁴. Ce pourcentage a été augmenté de 5 points, suivant en cela l'augmentation de 5 points du seuil des 50% des États membres.

Enfin, la Conférence intergouvernementale a convenu d'un système inspiré du compromis de *Ionnina*, permettant de prolonger les débats au sein du Conseil lorsque les trois quarts d'une minorité de blocage sont atteints ¹⁵⁵. Il ne semble toutefois pas devoir non plus s'appliquer au sein des coopérations renforcées.

Pour être complet, rappelons que la nouvelle définition de la majorité qualifiée, et donc la formule adaptée pour les coopérations renforcées, n'entrera en vigueur que le 1er novembre 2009. D'ici là, c'est fondamentalement le système complexe du traité de Nice qui continuera de s'appliquer ¹⁵⁶.

¹⁵³ . Article I – 44, § 3 de la Constitution.

¹⁵⁴ . Article 205, § 2 du TCE tel que modifié par l'article 3 du protocole sur l'élargissement de l'Union européenne annexé au traité de Nice. En vertu de ce protocole, cette formule aurait dû entrer en vigueur le 1er janvier 2005, mais ne faisait que généraliser une pratique reconnue au fil des élargissements.

¹⁵⁵ . V. la Déclaration ad article I – 25, annexée à l'acte final du traité constitutionnel.

¹⁵⁶ . V. l'article 2 du protocole annexée au traité constitutionnel sur les dispositions transitoires relatives aux institutions et organes de l'Union.

CHAPITRE 3. — DOMAINES DE COMPÉTENCE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

I. Principe : fonctionnement des coopérations renforcées dans le cadre des compétences de l'Union

Les coopérations renforcées doivent tendre « à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union et à préserver et servir ses intérêts »¹⁵⁷, le traité de Nice précisant à cet égard qu'elles sont également destinées à renforcer le processus d'intégration de l'Union et de la Communauté¹⁵⁸. La formule est pratiquement reprise telle quelle dans la Constitution¹⁵⁹.

Les domaines de compétences dans lesquels pourraient agir une coopération renforcée ne sont pas prédéterminés de façon spécifique. C'est donc lors du stade initial de l'autorisation que l'objet ou le champ d'action concret d'une coopération projetée sera défini, notamment en fonction de la portée de la condition dite du « dernier ressort »¹⁶⁰.

Cependant, conformément à la caractéristique fondamentale du fonctionnement des coopérations renforcées dans le cadre constitutionnel de l'Union (*v. supra*), celles-ci ne peuvent être conduites que dans les domaines de compétence attribués par les traités. Ce principe, posé expressément par le traité d'Amsterdam pour le pilier communautaire¹⁶¹, a été généralisé par le traité de Nice¹⁶². Une telle précision devrait mettre un terme aux doutes que d'aucuns exprimaient à cet égard (du moins

¹⁵⁷ . Article 43, § 1, a) du TUE (version *post* Amsterdam).

¹⁵⁸ . Article 43, a) du TUE.

¹⁵⁹ . Article I – 44, § 1 de la Constitution (le mot « servir » a été supprimé).

¹⁶⁰ . Sur ce sujet, *v. infra* .

¹⁶¹ . Article 11, § 1, d) du TCE (version *post* Amsterdam).

¹⁶² . Article 43, d) du TUE. De plus, il est également précisé que les coopérations renforcées engagées dans le cadre du deuxième pilier (article 27 A, § 1 du TUE) et du troisième pilier (article 40, § 1 du TUE) doivent respecter les compétences de la Communauté européenne. Cette formulation rappelle celle de l'article 47 du TUE qui tend à cloisonner les piliers intergouvernementaux du pilier communautaire.

concernant le troisième pilier) en arguant *a contrario* d'une simple référence, dans la version d'Amsterdam, aux « objectifs de l'Union » et non à ses « compétences »¹⁶³.

Plus fondamentalement, les éléments systémiques de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, qui figurent pour l'essentiel dans la partie I de la Constitution, devraient également s'appliquer dans les relations entre la coopération renforcée et ses participants, notamment la catégorisation des compétences, les principes de subsidiarité et de proportionnalité, en ce compris le mécanisme d'alerte précoce accordé aux parlements nationaux, la primauté des actes de la coopération renforcée, le principe de coopération loyale, etc.

Malgré l'évidence apparente de ce principe, certains ont pu croire ou espérer, à la veille du sommet d'Amsterdam, qu'une coopération renforcée puisse être menée dans n'importe quel domaine¹⁶⁴. Trois ans plus tard, le Parlement européen lui-même avait émis le vœu de supprimer cette limitation, arguant qu'une coopération renforcée « a précisément pour but d'avancer dans l'intégration »¹⁶⁵.

Pourtant, le confinement des compétences potentielles des coopérations renforcées à celles reconnues pour l'Union dans son ensemble est un corollaire logique de la condition dite du « dernier ressort »¹⁶⁶ tout comme celui de l'application, au sein des coopérations renforcées, des procédures de décision prévues par les bases juridiques des traités. Si l'on voulait envisager qu'une coopération renforcée puisse agir au delà du cadre des compétences de l'Union, la condition du « dernier ressort » devrait être supprimée. Il faudrait aussi fixer la procédure de décision applicable au sein de celle-ci, ou du moins prévoir un processus permettant de la déterminer (par exemple au moment de la décision initiale d'autorisation).

¹⁶³ . Articles 40, § 1, a) du TUE et 43, § 1, a) et c) du TUE (version *post* Amsterdam)

¹⁶⁴ . V. par exemple F. Dehousse, «Le traité d'Amsterdam : un mélange de modestie et de complexité», *J.T.*, 1997, p.728.

¹⁶⁵ . Rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* du 12 octobre 2000, précité, point 20, dernier tiret. V. aussi la résolution du PE du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée, précitée, point 11, suggérant de supprimer l'article 11, § 1, d) du TCE (version *post* Amsterdam).

¹⁶⁶ . Sur la condition du dernier ressort, v. *infra*.

La Constitution européenne n'a pas remis en cause ce principe ¹⁶⁷. On notera cependant qu'elle prévoit par ailleurs des « passerelles » de compétence permettant par exemple d'étendre la compétence d'harmonisation minimale de l'Union à d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale ou à d'autres domaines de criminalité que ceux expressément mentionnés dans la Constitution ¹⁶⁸, ou encore de créer et étendre les compétences du futur parquet européen ¹⁶⁹. En principe, ces passerelles doivent être activées par le Conseil, statuant à l'unanimité après approbation du Parlement européen. Rien n'exclut cependant qu'elles puissent être activées par le Conseil restreint d'une coopération renforcée afin que celle-ci puisse adopter en son sein des actes dérivant de cette extension de compétence. Autrement dit, l'objet de la coopération renforcée, qui devrait être au préalable dûment autorisée selon la procédure prévue à cet égard (v. *infra*), consisterait à activer les passerelles en question. Il en résulterait une certaine différenciation de la répartition des compétences au sein de l'Union.

D'une manière plus générale, et sous réserve des deux préalables évoqués ci-dessus concernant la condition du dernier ressort et la définition d'une procédure de décision, on aurait pu imaginer un système général de « passerelle » de compétence, à l'instar de celui conçu pour modifier les procédures de décision (v. *supra*). Un tel système aurait ainsi permis aux participants d'une coopération renforcée de décider d'agir en dehors ou en marge des compétences de l'Union, ou encore de changer de catégorie de compétence le domaine d'action en cause. A tout le moins, ces participants auraient pu choisir, dans le cadre des compétences matérielles de l'Union, un instrument ou un type d'action plus « intégrant » que celui prévu par la Constitution (par exemple, permettre l'harmonisation là où elle est interdite). La décision d'activer une telle passerelle aurait pu être soumise à l'approbation des États participants conformément à leur règles constitutionnelles, afin de ne pas trop s'écarter de la procédure ordinaire de révision. Les non participants auraient aussi pu être associés à la prise de cette décision, par exemple au moment de la décision initiale d'autorisation, quitte à ce que eux aussi la soumettent à un processus de ratification nationale au moment de leur participation ultérieure. Bref, plusieurs pistes auraient pu

¹⁶⁷ . V. *supra* l'article I – 44, § 1 de la Constitution.

¹⁶⁸ . V. respectivement les articles III – 270, § 2 et 271, § 1 de la Constitution.

être davantage explorées que les réflexions préliminaires qui ont eu lieu au sein du secrétariat de la Convention à ce sujet. La question s'est toutefois avérée plus sensible encore que pour les passerelles relatives aux procédures de décision.

II. Limites aux compétences exercées au sein des coopérations renforcées

Durant la négociation du traité d'Amsterdam, des listes ont circulé qui énonçaient des domaines susceptibles de relever du champ d'action des coopérations renforcées, ou au contraire d'en être exclu. Ainsi, dans un projet de liste « positive » établi par la présidence irlandaise, on citait des domaines encore très peu intégrés au niveau de la Communauté, voire de nouvelles compétences ¹⁷⁰. Une autre approche a fini par s'imposer consistant d'une part à exclure les compétences exclusives, et d'autre part à poser des conditions générales visant à encadrer l'exercice des compétences de l'Union au sein des coopérations renforcées.

Afin d'illustrer la portée de ces conditions, on se réfèrera à deux avis, provenant respectivement des services juridiques du Conseil et de la Commission, qui examinent la possibilité de recourir au mécanisme de la coopération renforcée afin d'instaurer une taxation minimale des produits énergétiques ¹⁷¹ dans l'hypothèse où cette coopération renforcée aurait le même objet qu'une proposition de la Commission soumise au Conseil plusieurs années auparavant, sans succès ¹⁷². Le second avis se penche aussi sur la question à propos de la matière fiscale en général.

On observera par ailleurs avec intérêt que le traité de Nice a supprimé l'interdiction faite par le traité d'Amsterdam qu'une coopération renforcée ait trait à la citoyenneté

¹⁶⁹ . Article III – 274, §§ 1 et 4 de la Constitution.

¹⁷⁰ . Éducation, formation professionnelle, jeunesse, culture, santé publique, tourisme, énergie, protection civile, réseaux transeuropéens, industrie, recherche et développement technologique, coopération au développement, lutte contre l'exclusion sociale (CONF 3914/96, 24 septembre 1996). Une alternative proposée par la présidence néerlandaise visait en particulier les mesures accompagnant l'UEM, dont la taxation indirecte, l'environnement, la sécurité et la santé des travailleurs (CONF 3813/97, 11 février 1997).

¹⁷¹ . Avis du service juridique du Conseil du 23 juillet 2001 (11240/01), et du service juridique de la Commission du 31 janvier 2002 JUR(2001) 15729. Le premier avis se base sur le dispositif issu du traité d'Amsterdam, tandis que le second prend en compte la réforme du dispositif par le traité de Nice.

¹⁷² . La proposition initiale de la Commission figure dans le document COM (1997) 30 final, *J.O.* 1997 C 139/14.

de l'Union ¹⁷³. La suppression de cette limitation trouve son origine dans une proposition franco-allemande, qui évoque notamment les droits électoraux des citoyens de l'Union pour les scrutins organisés au niveau national ¹⁷⁴.

Pour le reste, c'est le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) qui a fait l'objet d'un régime particulier au fil des traités que nous examinerons dans la section suivante. D'abord exclue du champ d'action potentiel des coopérations renforcées dans le traité d'Amsterdam, le traité de Nice ne l'y intègre que de façon limitée, pour la mise en œuvre d'actions ou de positions communes de l'Union. Un des changements les plus notables apportés par la Constitution consiste à avoir étendu le champ d'action potentiel du mécanisme à la PESC sans autre restriction et sans exclure la défense et autres questions ayant des implications militaires.

A. Exclusion des compétences exclusives du champ d'action des coopérations renforcées

La première exception au principe général développé ci-dessus, et qui se retrouve aussi bien dans les traités ¹⁷⁵ que dans la Constitution ¹⁷⁶, concerne les compétences exclusives de l'Union. De même que l'exercice par l'Union de ses compétences exclusives ne peut être limité par le principe de subsidiarité, elles ne peuvent non plus faire l'objet d'une coopération renforcée. Elles sont dans le deux cas réservées à l'Union dans son ensemble.

Bien que figurant pour la première fois dans le traité de Maastricht, le concept de « compétence exclusive » n'avait jamais été défini avant que la Constitution européenne ne le fasse et identifie les domaines tombant sous cette catégorie ¹⁷⁷. Il s'agit pour l'essentiel de ceux déjà reconnus comme tels par la doctrine et la jurisprudence de la Cour de justice : union douanière et politique commerciale

¹⁷³ . Article 11, § 1, c) du TCE (version *post* Amsterdam).

¹⁷⁴ . CONFER 4783/00, 4 octobre 2000, p. 6.

¹⁷⁵ . Article 43, d) du TUE (Article 11, § 1, a) du TCE dans la version *post* Amsterdam).

¹⁷⁶ . Article I – 44, §1 de la Constitution.

¹⁷⁷ . Articles I – 12, paragraphe 1 et I – 13.

commune (de façon plus globale que dans les traités actuels, en ce compris les mesures unilatérales), politique monétaire des États qui ont adopté la monnaie unique, et de façon plus anecdotique, la conservation des ressources biologiques de la mer. La concurrence a fait l'objet de quelque hésitation au sein de la Convention compte tenu des compétences qu'ont conservées les États membres en cette matière. Le compromis retenu fut de ne classer comme compétence exclusive que les règles de concurrence « nécessaires » au fonctionnement du marché intérieur (nonobstant le fait que celui-ci relève de la compétence partagée). D'autre part, un paragraphe consacre expressément la compétence exclusive de l'Union pour la conclusion d'accords internationaux dans un certain nombre de cas de compétence « implicite » liée à l'exercice d'une compétence attribuée sur le plan interne ¹⁷⁸.

La question reste ouverte de savoir si la notion de compétence « exclusive par exercice »¹⁷⁹, à savoir les compétences concurrentes (« partagées » dans la nouvelle catégorisation de la Constitution) qui auraient fait l'objet d'une *preemption* par l'Union, s'impose de la même manière à un groupe d'États membres réunis au sein d'une coopération renforcée qu'à l'égard des États membres pris individuellement. Il est vrai qu'un certain nombre de conditions matérielles destinées à encadrer l'exercice des compétences de l'Union au sein d'une coopération renforcée (v. ci-après) pourrait accréditer l'idée qu'une coopération renforcée ne pourrait s'instaurer que dans un domaine de compétence (non exclusif) que l'Union n'aurait encore que peu, ou à tout le moins pas pleinement investi. Si tel était le cas, la capacité d'action d'une coopération renforcée pourrait se retrouver sensiblement réduite.

Telle semble pourtant avoir été la position du service juridique de la Commission (v. *infra*). On pourrait toutefois considérer que cette position est par trop restrictive. En effet, la condition du dernier ressort constitue, selon nous, un critère davantage déterminant quant à la « compétence » pouvant être exercée au sein d'une coopération

¹⁷⁸ . Article I-13, paragraphe 2. Ces cas ont été définis par la jurisprudence de la Cour de justice, notamment dans l'affaire *AETR*. Seule la pratique révélera la portée exacte des cas relevant ainsi d'une compétence externe exclusive, ainsi que la différence éventuelle avec la définition des compétences externes implicites en général qui relèveraient, le cas échéant, de la catégorie résiduelle des compétences partagées (article III – 323 de la Constitution).

¹⁷⁹ . Sur ce concept et celui de compétence exclusive « par nature », v. K. Lenaerts, K., et P. van Ypersele, P., « Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du traité CE », *C.D.E.*, 1994, p. 13 et s

renforcée. Cette condition suppose que l'Union a ou aurait pu à nouveau agir dans un domaine où l'Union aurait déjà agi, fût-ce de façon « exhaustive » en ne laissant plus de compétence aux États membres. Il en irait par exemple ainsi pour modifier des règles communes dans un sens plus contraignant. Dans ce cas, une coopération renforcée devrait aussi pouvoir, en dernier ressort, modifier ces règles dans un sens plus contraignant pour ses seuls participants. Ce dernier argument tend, il est vrai, à relativiser la nécessité d'exclure les compétences exclusives « par nature » elles même du champ d'action des coopérations renforcées ¹⁸⁰.

B. Conditions matérielles relatives à l'exercice des compétences de l'Union au sein des coopérations renforcées

Les traités posent un certain nombre de conditions matérielles qui reviennent à limiter l'exercice d'une compétence au sein d'une coopération renforcée. Ce fut un des enjeux importants de la CIG de 2000 que de préciser ou d'assouplir ces conditions.

Les conditions les plus générales ont à peine été retouchées par le traité de Nice. Une coopération renforcée doit respecter les traités et le cadre institutionnel unique ¹⁸¹. Elle se doit en outre de respecter l'acquis communautaire et celui des deux piliers intergouvernementaux de l'Union ¹⁸². En revanche, la condition que la coopération renforcée « n'affecte pas les politiques, actions ou programmes de la Communauté » ¹⁸³, jugée trop restrictive, a été supprimée.

Plus spécifiquement, une coopération renforcée ne peut ni constituer une entrave aux échanges entre les États membres, ni provoquer une distorsion de concurrence entre

¹⁸⁰ . Dans le même ordre d'idée, certains ont remis en question, lors des travaux de la Convention européenne, l'exclusion des compétences exclusives du champ d'application du principe de subsidiarité.

¹⁸¹ . Article 43, b) du TUE. Le traité d'Amsterdam imposait le respect des « principes » des traités (Article 43, § 1, b) TUE).

¹⁸² . Article 43, c) du TUE. Le traité d'Amsterdam était plus restrictif en imposant de ne pas « affecter » l'acquis communautaire (Article 43, § 1, e) du TUE). Sur la notion d'acquis communautaire, C. Gialdino, «Some reflections on the acquis communautaire», *Common Market Law Review*, 1995, p. 1089.

¹⁸³ . Article 11, § 1, b) du TCE (version *post* Amsterdam).

ceux-ci ¹⁸⁴. A cet égard, le traité de Nice précise *expressis verbis* un principe qui était déjà entendu à Amsterdam, à savoir qu'une coopération renforcée ne peut « porter atteinte » au marché intérieur, et ajoute qu'elle ne peut non plus porter atteinte à la cohésion économique et sociale ¹⁸⁵. Une telle condition pourrait *de facto* réduire le champ des politiques envisageables pour une coopération renforcée ¹⁸⁶, encore qu'elle relève davantage d'une appréciation politique que juridique ¹⁸⁷.

Enfin, une des conditions les plus restrictives, mais aussi des plus délicates, posée par le traité d'Amsterdam concernait le principe de non discrimination : une coopération renforcée ne pouvait, dans le pilier communautaire, constituer une discrimination ni entre les États membres de l'Union, ni entre les ressortissants de ceux-ci ¹⁸⁸. Fallait-il comprendre que les actes que les États participant à une coopération renforcée auraient été autorisés à adopter n'auraient pu aller au-delà de ceux que la Communauté dans son ensemble aurait pu adopter valablement en concédant aux autres États membres des dérogations fondées sur des distinctions objectives, conformément au principe de non-discrimination sanctionné par la Cour de justice ? L'intérêt du mécanisme de la coopération renforcée, dont on aurait pu croire qu'il repose essentiellement sur un critère de volonté politique, aurait été significativement diminué par une telle condition de non-discrimination ¹⁸⁹.

¹⁸⁴. Article 43, f) du TUE (Article 11, § 1, b) et e) du TCE — version *post* Amsterdam).

¹⁸⁵. Article 43, e) du TUE.

¹⁸⁶. Comparer avec les projets de liste négative établis lors de la CIG 1996-97 par la présidence néerlandaise ou par la Commission qui excluaient pratiquement toujours les mêmes domaines, à savoir la libre circulation des biens, personnes, services et capitaux, la politique commerciale commune, le marché intérieur, la politique agricole commune et de la pêche, la concurrence, la politique des transports et la politique relative à la cohésion économique et sociale.

¹⁸⁷. Dans le même sens, S. Van Raepenbusch, D. Hanf, « Flexibility in Social Policy », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, pp. 78 à 80.

¹⁸⁸. Article 11, § 1, c) et e) du TCE (version *post* Amsterdam). Sur cette question, v. K. Lenaerts P. Van Nuffel, « Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union », in C. Kaddous, A. Auer, (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Collection des Dossiers de droit européen, Bâle, Munich/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn – Bruylant -L.G.D.J., 2006, p. 245 (en particulier section I, C. et section III) ; J. Wouters, « Constitutional Limits of Differentiation : The Principle of Equality », in in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 301 ; F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union Law*, Hart Publishing, 1999, p. 116.

¹⁸⁹. Il ne serait dès lors pas impossible que l'on soit tenté d'interpréter cette condition de non-discrimination comme ne s'appliquant qu'entre les États engagés dans la coopération renforcée, v. H. Bribosia, in Y. Lejeune, 1998, précité, p. 56. En ce sens, v. également F. Tuytschaever, précité, 1999, p. 57.

Le traité de Nice a résolu cette question de la façon suivante. D'une part, il supprime la condition de non-discrimination *entre les ressortissants des États membres*, en parallèle avec la réintégration de la citoyenneté de l'Union dans les domaines d'action potentielle des coopérations renforcées ¹⁹⁰. D'autre part, l'exigence de non discrimination n'est plus présentée comme une clause de discrimination générale, mais seulement comme une discrimination « aux échanges » entre les États membres, encore que la version du traité d'Amsterdam n'excluait pas une telle interprétation ¹⁹¹. Cette exigence de non discrimination aux échanges autorise cependant encore de suggérer une autre interprétation : ne pourrait-on arguer qu'une différence de traitement opéré par un État membre entre les États membres participants et les non participants dans les échanges interétatiques reste possible, tandis que seule serait prohibée une discrimination parmi les non participants dans les échanges que le groupe d'États réunis au sein d'une coopération renforcée établirait avec eux (par analogie avec la clause de la nation la plus favorisée) ?

La Constitution reprend à son compte la plupart des conditions matérielles déjà posées dans les traités actuels ¹⁹². Bien que certains aient pu regretter de ne pas assouplir davantage ces conditions ¹⁹³, voire tout simplement de les abandonner, l'attention s'est davantage portée sur l'assouplissement des conditions de déclenchement et de mise en œuvre, jugées moins « rhétoriques ». Il n'en demeure pas moins que ces conditions pourraient accréditer l'idée évoquée ci-dessus qu'une coopération renforcée ne pourrait s'instaurer que dans un domaine de compétence (non exclusif) relativement large que l'Union n'aurait encore que peu, ou à tout le moins pas pleinement investi.

¹⁹⁰ . Cette suppression n'invalide pas l'argumentation du service juridique du Conseil. En effet, l'interdiction de discrimination sur base de la nationalité est un principe applicable de façon générale qui rend surabondant la condition de non discrimination propre aux coopérations renforcées.

¹⁹¹ . L'article 11, § 1, e) du TCE (version *post* Amsterdam) indiquait qu'une coopération renforcée « ne constitue ni une discrimination, ni une entrave aux échanges entre les États membres (...) ».

¹⁹² . Article III – 416 de la Constitution. La référence au respect du cadre institutionnel unique n'a pas été reprise suite à la suppression des piliers. Une telle condition aurait cependant pu avoir un autre sens dans le cadre des coopérations renforcées et des aménagements institutionnels qui s'en suivent.

¹⁹³ . V. notamment l'amendement d'origine franco-allemande visant à autoriser la Commission à déroger à certaines de ces conditions lors de la procédure d'autorisation (amendement relevé dans le document de synthèse CONV 791/03 précité, p. 4, et CONV 821/03 précité, p. 3)

On notera enfin que ces conditions concernent en principe les coopérations renforcées en général, sans distinguer si elles touchent à la validité de la décision initiale d'autorisation ou des actes adoptés au sein de celles-ci ¹⁹⁴. Il reste que le caractère abstrait de certaines conditions telles que celle de non discrimination rend difficile de juger la validité d'une coopération renforcée envisagée avant sa concrétisation par l'adoption d'actes au sein de celle-ci. A cet égard, on observera avec intérêt qu'à plusieurs reprises, l'avis (précité) rendu par le service juridique du Conseil dans le domaine de la taxation minimale des produits énergétiques ne juge pas *a priori* de la validité du projet de coopération renforcée, mais attire l'attention sur ce qu'elle devrait faire ou ne pas faire une fois mise en oeuvre. Il reste que cet avis, comme celui du service juridique de la Commission, donne des indications intéressantes sur la portée de ces conditions. C'est ce que nous allons voir maintenant.

C. Interprétation des conditions dans les avis des services juridiques du Conseil et de la Commission relatifs à coopération renforcée envisagée dans le domaine de la taxation minimale des produits énergétiques

Les avis des service juridiques du Conseil et de la Commission concernant une coopération renforcée envisagée dans le domaine de la taxation minimale des produits énergétiques passent en revue ces conditions matérielles (dans leur formulation initiale du traité d'Amsterdam en ce qui concerne l'avis du Conseil). Dans l'ensemble, tous deux concluent à la compatibilité du projet avec les conditions posées par les traités ¹⁹⁵. En particulier, dans le premier avis, la coopération renforcée envisagée est considérée comme permettant d'éliminer un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur tout en contribuant à la protection de l'environnement, de sorte qu'elle devrait favoriser les objectifs de l'Union. Elle devrait être conçue de sorte à ne pas affecter l'acquis communautaire, et partant de ne pas porter « atteinte au degré d'harmonisation existant dans ce domaine ». D'autres nuances apparaissent entre les deux avis.

¹⁹⁴ . Sur cette question, v. le contrôle juridictionnel des coopérations renforcées.

¹⁹⁵ . Ainsi, dans l'avis du service juridique du Conseil, la coopération renforcée envisagée est considérée comme permettant d'éliminer un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur tout en contribuant à la protection de l'environnement, de sorte qu'elle devrait favoriser les objectifs de l'Union. Elle devrait être conçue de sorte à ne pas affecter l'acquis communautaire, et partant de ne pas porter « atteinte au degré d'harmonisation existant dans ce domaine ».

Concernant la portée de l'exclusion des compétences exclusives, la position du service juridique de la Commission apparaît à la fois plus précise et plus stricte en excluant *de facto* les « compétences exclusives par exercice ». Cette position postule en effet que la portée de la *preemption* par l'Union dans son ensemble à l'égard d'une coopération renforcée doit être la même qu'à l'égard d'un États membre pris individuellement. En l'occurrence, l'avis estimait que l'harmonisation communautaire des droits d'accises concernant la structure de ces droits ¹⁹⁶ empêchait toute coopération renforcée à ce sujet. En revanche, la compétence restait partagée en ce qui concerne la faculté de relever les minima de ces droits, et surtout d'étendre ces droits à de nouveaux produits tels que ceux envisagés *in casu* (gaz naturel, charbon), de sorte qu'une coopération renforcée était envisageable à cet endroit ¹⁹⁷. Le même type de raisonnement conduit cependant l'avis à conclure qu'une initiative spécifique de la Commission ayant pour objet de régler les *cross border loss compensation* ¹⁹⁸ ne pourrait être candidate à une coopération renforcée dès lors que cette question rentrait dans la problématique plus vaste de la double taxation des sociétés, laquelle faisait déjà l'objet d'une directive communautaire ¹⁹⁹.

A titre de comparaison, l'avis rendu quelques mois auparavant par le service juridique du Conseil n'a pas fait l'objet d'un examen de législation communautaire dans le domaine de la fiscalité. L'avis affirme simplement que le domaine envisagé ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union ²⁰⁰. Entendez : les compétences exclusives « par nature », pour reprendre le concept de K. Lenaerts, à savoir les domaines catalogués comme tels dans la Constitution européenne. En outre, afin de donner un effet utile à la condition selon laquelle la coopération renforcée envisagée « n'affecte

¹⁹⁶ . V. les directives 92/81/CEE et 92/82/ CEE, *J.O.* L 316/12 et L 316/19.

¹⁹⁷ . Avis du 31 janvier 2002 précité, point 15.

¹⁹⁸ . COM (90) 595 final, *J.O.* 1991 C 53/30. La proposition de la Commission a finalement été retirée (*J.O.* du 9 janvier 2004).

¹⁹⁹ . Directives 90/434 et 90/435/CEE, *J.O.* 1990 L 225/1 et L 225/6 (point 28 de l'avis). V. aussi le point 9 qui laisse entendre, de façon plus restrictive encore, que tout domaine déjà régi en partie par la législation communautaire ne pourrait faire l'objet d'une coopération renforcée. Le point 21 vient cependant nuancer cette affirmation. En fait, il semble que l'argumentation relative au *cross border loss compensation* se confonde avec un autre type d'argument visant à empêcher les coopérations renforcées pour adopter des actes ponctuels. Sur ce sujet, v. *infra*. A cet égard, lorsque l'avis examine un système plus global de *home state taxation*, la perspective d'une coopération renforcée n'est pas jugée incompatible avec la législation communautaire dans ce domaine.

pas les politiques, actions ou programmes de la Communauté », l'avis l'interprète dans le sens où ces politiques, actions et programmes ne doivent pas être affectés en ce qui concerne *les États non-participants* ²⁰¹. La raison invoquée est qu'une autre interprétation confinerait les coopérations renforcées à des « domaines vierges de toute activité communautaire », alors que l'effet utile d'une coopération renforcée devrait permettre à leur participants d' « approfondir » leurs relations réciproques, de « compléter » l'acquis communautaire en ce qui les concerne. Bien que cette condition ait été supprimée par le traité de Nice, le même type de raisonnement semble valoir, *mutatis mutandis*, à propos de celle exigeant le respect de l'acquis communautaire ²⁰².

Deux autres conditions ont fait l'objet d'une attention particulière, la non discrimination et la non distorsion de concurrence.

L'argumentation de l'avis du service juridique de Conseil relative à la clause de non discrimination entre les ressortissants des États membres, et *mutatis mutandis*, entre les États membres eux-mêmes vaut d'être soulignée ²⁰³. L'avis conclu en effet que pour donner un effet utile à cette condition, il y a lieu de comprendre que la discrimination interdite dont il est question est une discrimination basée sur la nationalité. Au contraire, la différenciation résultant d'un critère objectif tel que le lieu de résidence serait admise. En d'autres mots, la nationalité ne saurait suffire à justifier une différence de traitement résultant du régime de la coopération renforcée, lorsque par exemple les ressortissants des États non participants résideraient ou auraient une activité dans un État participant à la coopération renforcée ²⁰⁴. En revanche, la différence de traitement résultant d'une coopération renforcée entre les résidents des États participants et ceux des États non participants serait une

²⁰⁰ . Avis du 23 juillet 2001, précité, point 14.

²⁰¹ . En ce sens, cette condition est similaire à celle qui impose aux coopérations renforcées de ne pas affecter les compétences, les droits, les obligations (et les intérêts) des États membres. En l'occurrence, tel ne pourrait être le cas, selon l'avis, puisqu'au contraire, les États non participants se retrouveraient dans une position plus avantageuse en ce qui concerne le coût de l'énergie.

²⁰² . V. en ce sens le point 16 de l'avis du 31 janvier 2002.

²⁰³ . Avis du 23 juillet 2001, précité, points 17 à 19.

²⁰⁴ . Dans le même sens, S. Van Raepenbusch, D. Hanf, « Flexibility in Social Policy », précité, Intersentia, 2001, p. 78. Les auteurs ajoutent que de même, les États non participants ne peuvent discriminer en fonction de la nationalité parmi les non ressortissants résident sur leur territoire.

conséquence logique du mécanisme. Dès lors que la non discrimination vise maintenant, dans le traité de Nice et la Constitution, *les échanges* entre les États membres, il est difficile de savoir si le même type de raisonnement pourrait être tenu.

En ce qui concerne la condition relative au respect de la concurrence, l'avis du service juridique de Conseil note qu'en imposant une taxation minimale des produits énergétiques, les États participants à la coopération renforcée ainsi que les opérateurs économiques qui y sont établis se mettraient dans une position désavantageuse. Dès lors que la *ratio legis* des conditions relatives aux coopérations renforcées vise à protéger les intérêts des non participants, comme le relève l'avis, une telle « distorsion de concurrence à rebours » ne devrait pas être interdite²⁰⁵. Le service juridique de la Commission avance un autre argument selon lequel l'harmonisation fiscale des taux d'imposition tend en général précisément à réduire les distorsions de concurrence, et qu'en l'occurrence, un groupe d'États membres pourrait, à l'instar d'un État membre pris individuellement, fixer librement les taux d'imposition pourvu qu'ils soient supérieurs, le cas échéant, aux taux minima existant déjà dans la législation communautaire²⁰⁶.

III. Extension progressive du champ d'action des coopérations renforcées à la PESC et aux questions de défense

A. Dans les traités

Au lendemain du traité d'Amsterdam, de nombreux observateurs, dont le parlement européen, s'étaient étonnés de ce que le mécanisme de la coopération renforcée n'eut pas été retenu dans les domaines de la PESC et de la défense²⁰⁷. Car c'est précisément dans ces domaines qu'il fut jugé utile, fût-ce pour pouvoir réintégrer dans

²⁰⁵ . Avis du 23 juillet 2001, précité, point 20.

²⁰⁶ . Avis du 31 janvier 2002, précité, points 17 à 20.

²⁰⁷ . Encore que le titre VII du TUE (version *post* Amsterdam) n'excluait pas formellement le recours aux coopérations renforcées dans le deuxième pilier, ce qui a fait dire à certains qu'une coopération renforcée était possible en ce domaine, malgré l'abandon d'une clause spécifique pour le deuxième pilier au sommet d'Amsterdam. Une telle interprétation a été suggérée par l'Allemagne, ou encore par certains fonctionnaires de la Commission (v. Ch. Deubner, *Harnessing Differentiation in the EU – Flexibility after Amsterdam*, A Report on Hearings with Parliamentarians and Officials in Seven European Capitals, *Stiftung Wissenschaft und Politik*, S 430, 1999, pp. 39 et 40).

le cadre de l'Union un certain nombre de coopérations conduites jusqu'alors en dehors de celui-ci, en matière d'armement (OCCAR ²⁰⁸), ou de défense (Eurocorps, Euroforce, Euromarforce), voire plus tard pour y incorporer l'UEO elle-même, à l'instar des accords de Schengen. La lettre commune du président de la république française et du Chancelier de la RFA ²⁰⁹ qui est à l'origine du nouveau mécanisme avait elle même indiqué que les matières liées à la défense s'y prêtaient particulièrement bien.

Les auteurs du traité d'Amsterdam ont préféré un autre mécanisme de flexibilité, celui de « l'abstention constructive », qui était considéré comme affectant dans une moindre mesure le caractère unitaire de la représentation internationale de l'Union. Ce mécanisme permettrait à un ou plusieurs États membres — pourvu qu'ils ne représentent pas plus du tiers des voix affectées de la pondération habituelle — de ne pas entraver l'initiative des autres États membres d'adopter une décision. Celle-ci « engagerait » l'Union » mais elle ne lierait pas personnellement les États qui se sont abstenus. A cette solidarité politique, s'ajouterait une solidarité financière : les États s'étant abstenus de façon « constructive » ne seraient dispensés que des dépenses opérationnelles ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense ²¹⁰.

Surtout, un certain nombre d'États membres ²¹¹ préféreraient de loin la faculté de développer, en dehors du cadre de l'Union jugé trop contraignant, une « coopération plus étroite entre deux ou plusieurs membres au niveau bilatéral », dans le cadre de l'UEO ou de l'Alliance atlantique ²¹².

L'on ne se sera donc pas surpris que le Parlement européen ²¹³ et la Commission européenne ²¹⁴ aient été les principaux promoteurs de l'extension du mécanisme de la

208. Organisme conjoint de coopération dans le domaine de l'armement, qui regroupe l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et l'Italie.

209 . Précitée (*Europe*, n° 6623 du 9 décembre 1995).

210 . Articles 23, § 1 et 28 du TUE. A notre connaissance, ce mécanisme, pas plus que celui de la coopération renforcée, n'a encore jamais été utilisé. Sur la comparaison de cette technique avec la coopération renforcée, v. Chapitre 28, section III.

211 . Au premier rang desquels le Royaume-Uni, le Danemark et les Pays-bas, v. Ch. Deubner, *Harnessing Differentiation in the EU*, précité, 1999, p. 39.

212 . Article 17, § 4 du TUE.

213 . Résolution du 25 octobre 2000, précitée point 4, et Rapport *Gil-Robles*, précité, points 9 à 12.

coopération renforcée *dans* le cadre institutionnel unique de l'Union aux matières couvertes par le deuxième pilier ²¹⁵. De même, certains « petits » États membres, qui ont pu redouter d'institutionnaliser ainsi une sorte de directoire des grands, ont peut-être réalisé qu'ils avaient davantage à craindre des groupes de contact se formant en dehors de l'Union ²¹⁶. Enfin, l'on pourrait ajouter qu'il ne va pas de soi qu'une coopération renforcée affecterait davantage l'unité de l'Union sur la scène internationale que le mécanisme de l'abstention constructive, comme on avait pu le craindre.

La question de l'extension des coopérations renforcées aux matières du deuxième pilier s'est avérée l'une des plus délicates, et parfois confuse, de la négociation conduisant au traité de Nice, en particulier dans le domaine de la défense.

Le rapport de la présidence au Conseil de *Feira* du 19 et 20 juin émet un postulat qui sera déterminant jusqu'au sommet de Nice, à savoir que « l'intérêt et la force d'une politique extérieure réside principalement dans son unité ». Une proposition originale devait découler de ce postulat, à savoir n'autoriser les coopérations renforcées que « lorsqu'il n'existe pas d'expression spécifique de la politique de l'Union sous la forme de stratégie, d'action ou de position commune, mais seulement une obligation générale de coopération (en vertu de l'article 12, 5ième tiret, du TUE) »²¹⁷.

La réflexion évolua ensuite en plusieurs temps. D'abord, l'on a considéré qu'une coopération renforcée serait également appropriée au stade de la *mise en oeuvre* d'une stratégie, action ou position commune préexistante ²¹⁸. Ce concept subsistera

²¹⁴ . Avis de la Commission du 26 janvier 2000, précité. Rapport du groupe des Sages du 18 octobre 1999, précité.

²¹⁵ . V. aussi le document CONFER du 18 juillet 2000, p. 2, qui souligne l'intérêt marqué par une majorité de délégations de rendre l'utilisation des coopérations renforcées dans le cadre institutionnel plus attractives (par rapport aux coopérations renforcées totalement extérieures à l'Union).

²¹⁶ . A cet égard, l'on remarquera aussi qu'en pondérant les voix lors du calcul des deux tiers des voix nécessaires pour constituer la « masse critique » des groupes issus d'abstentions constructives, les « grands » États membres sont largement renforcés dans leur capacité de former un directoire.

²¹⁷ . CONFER 4750/00, 14 juin 200, pp. 54 et 55.

²¹⁸ . L'idée trouve son origine dans une proposition espagnole consacrée entièrement aux coopérations renforcées dans le cadre du deuxième pilier. La délégation espagnole note que « le manque de maturité de la PESC ne réside pas tant dans la définition d'actions et de stratégies communes que dans leur développement et leur mise en oeuvre » ; elle voit dans la coopération renforcée « un facteur d'unité

jusqu'au traité de Nice, sauf que l'on en a finalement exclu la mise en oeuvre d'une stratégie commune ²¹⁹. Ensuite, les délégations se sont relativement vite accordées sur le fait de ne plus envisager le recours aux coopérations renforcées au stade de la *définition* de la PESC ²²⁰, encore qu'il y ait eu sur le tard une ultime tentative de ré-élargir le champ d'action des coopérations renforcées dans le deuxième pilier ²²¹. La mise en oeuvre d'une action ou position commune préalable reste dès lors la seule possibilité de coopération renforcée dans le cadre du deuxième pilier ²²².

D'une manière générale, le traité de Nice prévoit qu'une coopération renforcée en ce domaine a pour objectif de « *sauvegarder les valeurs et servir les intérêts de l'Union dans son ensemble* », et qu'elle est tenue de respecter les principes, les objectifs, les orientations générales de la PESC ainsi que les décisions déjà prises dans le cadre de cette politique ²²³. Il semble que de la sorte, le groupe d'États réunis au sein de la coopération renforcée agisse au nom et pour le compte de l'Union, avec la contradiction toutefois que seuls les participants supportent les coûts autres qu'administratifs (v. *supra*). Le fait que le droit de veto subsiste au stade de l'autorisation d'une telle coopération renforcée semble confirmer cette interprétation. Cette approche devrait éviter d'affecter l'unité de la représentation de l'Union sur le plan international,

La question du recours aux coopérations renforcées dans le domaine particulier de la défense fut traitée quelque peu à part, principalement en fin de négociation. Elle s'inscrivait dans le débat plus général en cours sur le concept de politique européenne de sécurité et de défense (PESD).

dans la politique de l'Union », étant donné que les initiatives spécifiques seraient conduites par un groupe d'États membres « au nom de l'Union », CONFER 4760, 14 juillet 2000, p. 4.

²¹⁹ . La référence à la mise en oeuvre d'une stratégie commune disparaît dans le document de négociation CONFER 4803/00, 17 novembre 2000.

²²⁰ . Cette suggestion apparaît pour la première fois dans la proposition de la délégation belge (en arguant notamment que l'abstention constructive donne suffisamment de marge de manoeuvre au stade de la définition d'une politique de l'Union, CONFER 4765/00, 28 août 2000, p. 4), et est reprise par la présidence dans le document de négociation CONFER 4780/00, 5 octobre 2000, p. 4. Au contraire, l'initiative franco-allemande recommandait de ne pas limiter juridiquement les coopérations renforcées aux seuls cas de mise en oeuvre (CONFER 4783/00, 4 octobre 2000, p. 3).

²²¹ . V. le document de synthèse, CONFER 4790/00, 3 novembre 2000, p. 78, (Clause J, § 3).

²²² . Article 27 B du TUE.

L'idée d'une coopération renforcée « prédéterminée », qui préfigure la coopération structurée permanente établie par la Constitution européenne, fut évoquée ²²⁴, mais pas approfondie. Les premiers textes de la présidence française envisageaient de permettre une coopération renforcée ayant pour objet « de promouvoir des initiatives dans le domaine de la sécurité et de la défense » ²²⁵, des initiatives « contribuant à l'acquisition de capacités de gestion de crise » sera-t-il précisé plus tard ²²⁶. Enfin, le projet de traité distribué au sommet de Nice ajoutait qu'une coopération renforcée pourrait également porter sur « des initiatives en matière d'armement », se référant ainsi implicitement à l'article 17, § 1, dernier alinéa du TUE ²²⁷.

Compte tenu des obstructions fortes de la part du Royaume-Uni, mais aussi de l'Irlande et de la Suède, les ambitions ont été revues à la baisse à Nice : une coopération renforcée ne peut porter « sur des questions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense » ²²⁸, alors même que dans une ultime tentative de la présidence, il était proposé que l'autorisation d'une telle coopération renforcée soit arrêtée à l'unanimité ²²⁹. Ainsi, son champ d'action potentiel est considérablement réduit, que ce soit pour accomplir certaines missions dite de *Petersberg*, ou encore en matière d'armement.

B. Dans la Constitution

²²³ . Une coopération renforcée est également tenue de respecter la cohérence de la PESC, ainsi que « la cohérence entre l'ensemble des politiques de l'Union et son action extérieure », article 27 A du TUE.

²²⁴ . V. par exemple les documents CONFER 4761/00 du 18 juillet 2000, p. 3, CONFER 4780/00, 5 octobre 2000. A cet égard, l'on rappellera que le Danemark jouit déjà en matière de défense d'une exemption générale, le traité d'Amsterdam ayant formalisé sur ce point les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg du 11 et 12 décembre 1992.

²²⁵ . CONFER 4798/00, 9 novembre 2000, p. 6.

²²⁶ . CONFER 4803/00, 17 novembre 2000, p. 8.

²²⁷ . L'article 17, § 1, dernier alinéa du TUE dispose que « la définition progressive d'une politique de défense commune est étayée, dans la mesure où les États membres le jugent approprié, par une coopération entre eux en matière d'armement ». Selon d'autres, cette disposition autorise déjà qu'une coopération plus étroite ait lieu entre certains États membres seulement, mais en dehors du cadre de l'Union (v. par exemple la proposition belge, qui proposait d'encadrer davantage de telles coopérations plus étroites, CONFER 4765/00, 28 août 2000, p. 4).

²²⁸ . Nouvel article 27 B du TUE.

Le traité de Nice a donc étendu le champ d'action des coopérations renforcées à la PESC, à l'exclusion toutefois de la défense et des questions ayant des implications militaires, et seulement pour mettre en œuvre une action ou une position commune préalablement consentie par tous les États membres.

Durant les travaux de la Convention, il a été jugé que l'habilitation d'un groupe d'États membres pour réaliser une mission de l'Union, dans son cadre, ne rendait pas nécessaire le recours au mécanisme général de la coopération renforcée, et pouvait être formulée beaucoup plus simplement ²³⁰. C'est précisément ce que la Constitution a fait dans le domaine de la défense, pour la réalisation d'une des missions de *Petersberg* ²³¹. En revanche, le recours au mécanisme a été préservé dans le domaine de la PESC, sans les limitations. Il a ainsi été étendu dans le domaine de la défense qui en fait partie intégrante.

Dans le domaine de la PESC au sens strict, certains ont pu se demander, à juste titre, si la mise sur pied de coopérations renforcées au niveau même de sa conception, et notamment de ses stratégies communes, était réaliste, ou ne risquait pas de porter atteinte à l'unité de la représentation extérieure de l'Union. D'autres en revanche semblaient avoir à l'esprit qu'un jour, dans une Europe élargie à plus de trente États membres, toute la PESC pourrait se réaliser au sein d'une seule coopération renforcée, d'autres États préférant d'emblée y renoncer, du moins dans un premier temps.

En matière de défense, le débat fut mené en parallèle avec les différentes formes de flexibilité prévues dans le chapitre sur la politique de sécurité et de défense commune, en particulier la création d'une « coopération structurée » regroupant les États membres qui en auraient la volonté et les capacités pour mener les missions les plus exigeantes ²³². Bien que ces différentes formes de flexibilité *ad hoc* rendaient à première vue peu utile de rendre applicable le mécanisme général des coopérations

²²⁹ . CONFER 4815/00, Document de synthèse de la présidence (révisé), 30 novembre 2000, p. 18, clause K.

²³⁰ . CONV 723/03 du 14 mai 2003, précité, p. 20.

²³¹ . Articles I – 41, § 5 et III – 310 de la Constitution.

²³² . V. les articles I – 41 et III – 309 à III – 312. Sur ce sujet, v. *infra*.

renforcées en matière de défense, rien ne justifiait non plus de l'exclure²³³. A vrai dire, certains y voyaient déjà une certaine utilité pour créer la future agence de l'armement, tandis que d'autres ont cherché jusqu'à la fin du processus constitutionnel à rapprocher ces formes *ad hoc* du régime général des coopérations renforcées, jugé plus inclusif, voire de supprimer les formes *ad hoc* en ne conservant que le mécanisme général de la coopération renforcée.

Pour finir, l'extension du mécanisme de la coopération renforcée en matière de PESC et de défense a pu être agréé par ses opposants en imposant un vote à l'unanimité du Conseil pour pouvoir le déclencher, tout comme pour statuer sur la participation ultérieure des autres États membres (fût-ce en formation « réduite »)²³⁴.

CHAPITRE 4. — CONDITIONS PRÉALABLES AU DÉCLENCHEMENT DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES : « MASSE CRITIQUE », « DERNIER RESSORT » ET DÉLIMITATION DE LEUR OBJET

Le déclenchement d'une coopération renforcée est soumis à une autorisation préalable par le Conseil dont nous examinerons, dans le Chapitre suivant, la procédure de décision, notamment au regard de celle actant la participation ultérieure d'autres États membres. Mais auparavant, deux autres conditions de nature procédurale doivent être satisfaites : la condition du nombre minimal des États participant à la coopération renforcées (« masse critique ») et la condition dite du « dernier ressort » (entendez : de dernier recours). Cette dernière condition est également susceptible de déterminer l'objet de la coopération renforcée envisagée qui sera fixé dans la décision d'autorisation initiale.

²³³ . L'extension du mécanisme de la coopération renforcée dans le domaine de la défense n'a pas toujours été clairement perçue dans la mesure où la version successive des textes contenait une disposition dans la partie III qui excluait l'application des dispositions sur les coopérations renforcées « aux formes de coopération prévues dans le domaine de la défense... », se référant ainsi aux différentes formes *ad hoc* de coopération entre certains États membres, mais sans exclure par ailleurs le recours aux coopérations renforcées dans le domaine de défense (v. projet d'article III – 318, par exemple dans les documents précités CONV 725/05 et CONV 802/03). Cette disposition a finalement été supprimée dans la phase finale des travaux au profit d'une autre rendant le mécanisme général applicable de façon résiduelle (laquelle a pour finir également été supprimée, nous y reviendrons)

²³⁴ . Sur ce point, la CIG a levé les ambiguïtés du texte issu de la Convention, dont l'intention était pourtant de conserver la majorité qualifiée à ces endroits.

I. Condition dite de la « masse critique »

Pour pouvoir engager une coopération renforcée, elle doit réunir un nombre minimal d'États membres y participant, autrement dit, une « masse critique » de participation pour reprendre une formule souvent évoquée lors de la CIG 1996-97.

Le traité d'Amsterdam l'avait fixée à la moitié des États membres, à savoir à huit États dans l'Union des Quinze d'alors ²³⁵. Plusieurs raisons semblaient avoir justifié ce choix. La première fut d'éviter que des petits groupes d'États ne forment des groupes rivaux dans un même domaine. L'on a aussi craint qu'un certain éparpillement ne mène à une Europe à la carte et soit nuisible à l'unité et à la visibilité de l'Union. Enfin, on a eu le souci de rentabiliser le fonctionnement des institutions communes dont le coût est partagé entre tous. D'où l'expression de « masse critique » pour décrire la condition du nombre minimal des États participant à une coopération renforcée

La perspective d'une Union élargie à 27 ou 28 États membres a réorienté la question lors de la Conférence intergouvernementale conduisant au traité de Nice. Dans un premier temps, la présidence française s'est alignée sur la suggestion de la Commission ²³⁶ de réduire la « masse critique » à un tiers des États membres ²³⁷, à savoir cinq États membres dans l'Union des Quinze, et neuf dans l'Union élargie à 25 ou 27 États ²³⁸.

²³⁵ . Article 43, d) du TUE (version *post* Amsterdam). Il fut aussi question, lors de la Conférence intergouvernementale qui est à son origine, d'exiger une majorité qualifiée d'États, ce qui aurait fortement désavantagé les « petits » États, ou encore une majorité non pondérée des deux tiers des États membres. L'on a également envisagé l'hypothèse de ne pas fixer de nombre minimal de participants, afin de permettre à quelques États de régler des problèmes spécifiques à une région géographique commune (par exemple en matière d'environnement).

²³⁶ . L'Avis de la Commission du 26 janvier 2000 (CONF 4701, précité, p. 51) estimait que « les conditions de fond ... sont suffisamment strictes pour éviter la multiplication (des coopérations renforcées) et le risque de fragmentation excessive de l'Union – sachant qu'il faut obtenir par ailleurs l'accord d'une majorité qualifiée d'État membre pour autoriser cette coopération renforcée ».

²³⁷ . Le premier document de négociation de la présidence qui reprend l'idée d'un tiers date du 30 août 2000 (CONFER 4766/00, p. 3).

²³⁸ . Il a également été question de moduler le nombre minimal requis en fonction d'une procédure plus ou moins rigide pour la décision d'autorisation (v. par exemple, le document CONFER 4766/00 précité) ou encore d'envisager un nombre plus restreint pour les coopérations renforcées menées dans

L'on notera à cet égard que la résolution du Parlement européen du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée avait également retenu la proportion d'un tiers, allant en cela à l'encontre de l'auteur du rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* sur lequel se fonde la résolution. Le rapporteur préconisait en effet de conserver l'exigence d'une majorité afin de garantir que la coopération renforcée envisagée soit une « nécessité largement partagée et non un instrument au service d'un petit groupe d'États ». Il s'agissait selon lui d'éviter « l'établissement de coopérations renforcées à composition variable (l'Europe à la carte) » et de ne pas « diminuer la force d'entraînement du groupe coopérateur »²³⁹.

Soucieux d'assouplir les conditions de déclenchement d'une coopération renforcée, le traité de Nice a finalement retenu la solution d'établir la masse critique à un nombre fixe de huit États membres, ce qui correspond à la majorité des États membres dans l'Union des Quinze, et à moins d'un tiers de ceux-ci dans l'Union des Vingt-cinq²⁴⁰. L'idée semble avoir prévalu que la moitié des États membres constituait un seuil trop élevé dans l'Union élargie dès lors que les coopérations renforcées ne devraient pas concerner au premier plan les nouveaux arrivants, lesquels auraient déjà beaucoup à faire pour absorber l'acquis communautaire à la fin des périodes transitoires. Une telle conception semble corroborée par le nouveau principe selon lequel le produit des coopérations renforcées ne ferait pas partie de l'acquis de l'Union²⁴¹.

C'est sans doute pour prévenir le risque de l'émergence de plusieurs petits groupes à composition variable agissant dans des domaines identiques ou proches qu'une

le cadre de la PESC Les nombres de trois à cinq ont été avancés (v. par exemple CONFER 4780/00, 5 octobre 2000, p. 4).

²³⁹ . Résolution du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée, précitée, point 7 ; Rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* du 12 octobre 2000, précité, point 16. Dans le même sens, v. A. Kölliker, *Flexibility and European Unification: The Logic of Differentiated Integration*, Governance in Europe Series, Rowman and Littlefield, Lanham MD, 2006, p. 244 à 246.

²⁴⁰ . Article 43, g) du TUE. Cette solution apparaît en filigrane dans le premier mémorandum du Benelux (CONFER 4721/00, 7 mars 2000. Ce document avait déjà été soumis de façon informelle à la veille du Conseil européen d'Helsinki du 10 et 11 décembre 1999). Elle apparaît plus clairement dans une proposition belge (CONFER 4765/00, 28 août 2000, p. 2). L'idée a ensuite été reprise dans un second mémorandum Benelux (CONFER 4787/00, 19 octobre 2000, p. 5), ainsi que par l'initiative italo-allemande (CONFER 4783/00, 4 octobre 2000, p. 4).

²⁴¹ . Sur ce point, v. *infra*.

nouvelle clause générale a été introduite afin d'assurer la cohérence, notamment des actions entreprises au sein des coopérations renforcées ²⁴².

Lors des travaux de la Convention européenne, la majorité de ses membres étaient d'avis qu'il convenait en tout état de cause de revenir à une proportion d'États membres, plutôt qu'un chiffre fixe, indépendamment des élargissements à venir, certains préconisant même de pondérer cette proportion (à l'instar de la pondération du vote à majorité qualifiée, par exemple). D'autres, souvent ceux qui plaçaient le plus d'espoir dans l'essor des coopérations renforcées, préféraient sur ce point en rester à la solution du traité de Nice, voire réduire le nombre de huit à cinq États membre ²⁴³. D'autres encore suggéraient de supprimer toute condition relative au seuil de participation minimale, celui-ci devant être fixé dans la décision d'autorisation en fonction du domaine en question ²⁴⁴.

Le Praesidium de la Convention a suggéré la proportion d'un tiers des États membres, ce qui correspond *grosso modo* à l'esprit des négociations du traité de Nice ²⁴⁵. Cette solution n'a plus été modifiée dans les textes jusque dans la version finale de l'article I – 44, § 2 de la Constitution nonobstant les voix qui suggéraient d'en revenir à la solution « sage » du traité d'Amsterdam, à savoir la moitié des États membres. La disposition sur la cohérence des actions entreprises par des coopérations renforcées est reprise, quant à elle, à l'article III – 413 de la Constitution ²⁴⁶.

II. Condition dite du « dernier ressort » et délimitation de l'objet de la coopération renforcée envisagée

²⁴² . Article 45 du TUE.

²⁴³ . Amendement de M. Fischer, rapporté dans le document de synthèse CONV 779/03 du 4 juin 2003, p. 22. Un amendement d'origine française suggérait même de réduire ce chiffre à trois en matière de défense.

²⁴⁴ . Amendement des conventionnels belges, CONV 779/03 précité, p. 22.

²⁴⁵ . CONV 723/03, précité. Un amendement de M. Haenel préconisait un quart des États membres pour les coopérations renforcées engagées dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, CONV 779/03 précité, p. 22.

²⁴⁶ . De façon légèrement incorrecte dès lors que cet article constitutionnel se réfère aux actions entreprises dans le cadre *d'une* coopération renforcée.

La condition dite du « dernier ressort » souligne le caractère subsidiaire des coopérations renforcées par rapport aux actions entreprises par l'Union dans son ensemble. Formulée de façon extrêmement ambiguë dans le traité d'Amsterdam, elle a été revue par le traité de Nice et puis encore par la Constitution européenne en vue de l'assouplir et faciliter le déclenchement des coopérations renforcées. Elle est également susceptible de déterminer l'objet de la coopération renforcée envisagée.

A. Dans les traités

Aux termes du *traité d'Amsterdam*, une coopération renforcée ne pouvait être enclenchée que « *lorsque les objectifs desdits traités ne pourraient être atteints en appliquant les procédures pertinentes qui y sont prévues* »²⁴⁷. Ainsi, la formulation de cette condition laissait entendre que les procédures de décision prévues par les traités devaient être effectivement menées jusqu'à leur terme et aboutir à un échec. Elle impliquait sans doute que le champ d'action d'une coopération renforcée envisagée était limité à celui de l'acte qui a fait l'objet d'un échec au terme de la procédure décisionnelle. Mais elle manquait d'indiquer comment cet échec devait être constaté, ni les sources de blocage considérées.

Logiquement, il paraissait exclu que l'on puisse invoquer la source de blocage dans le chef de la Commission ou du Parlement européen, dès lors que ces deux institutions conservent, lors du fonctionnement d'une coopération renforcée, à la fois leur formation habituelle et leurs prérogatives. Encore que l'on pourrait imaginer que l'une de ces deux institutions provoque délibérément un blocage « stratégique », préférant, par exemple, instaurer une coopération renforcée plutôt que d'être contraint à réduire l'ambition d'un acte en cours d'élaboration à cause d'un petit nombre d'États membres réticents. Mais l'esprit de la condition du dernier ressort aurait ainsi probablement été détourné... Dans la mesure où seul le Conseil fait l'objet d'une variation dans le fonctionnement interne d'une coopération renforcée en écartant le droit de vote des non participants, la source de blocage principalement visée réside dans cette institution, et plus particulièrement dans les cas où l'on y vote à l'unanimité. Il fut d'ailleurs question, lors de la négociation, de ne viser que ces cas.

²⁴⁷ . Article 43, c) du TUE (version *post* Amsterdam).

C'est également en ce sens que s'est prononcé plus tard le Parlement européen, dans une résolution qui excluait l'usage des coopérations renforcées dans les matières où une vote majoritaire était prévu ²⁴⁸.

Le seul critère objectif semblait dès lors être le rejet d'une mesure lors d'un vote au Conseil. Or la pratique montre que le Conseil ne recourt au vote que lorsque l'on est assuré que la majorité qualifiée est acquise. Il n'est donc pas exclu que la possibilité offerte aux États membres d'aller de l'avant dans le cadre d'une coopération renforcée ait eu pour conséquence inattendue de transformer la pratique du vote au Conseil ²⁴⁹.

Lors de la négociation du *traité de Nice*, la condition du « dernier ressort » fut considérée par certains comme un obstacle majeur au développement des coopérations renforcées, tandis que d'autres délégations étaient disposées à l'abandonner purement et simplement ²⁵⁰. Elle a donc été profondément revue, l'article 43 A du TUE prévoyant à ce sujet que « *les coopérations renforcées ne peuvent être engagées qu'en dernier ressort, lorsqu'il a été établi au sein du Conseil que les objectifs qui leur sont assignés ne peuvent être atteints, dans un délai raisonnable, en s'en tenant aux dispositions pertinentes des traités* » ²⁵¹.

Ainsi est-il précisé qu'il appartient au Conseil de constater le blocage, dont il serait par hypothèse le principal responsable, selon une procédure non indiquée, ce qui devrait renvoyer à la procédure résiduelle, à savoir la majorité simple ²⁵². Pour le reste, la formule n'en reste pas moins quelque peu alambiquée... Tout d'abord, a-t-on voulu signifier quelque chose de différent en ne se référant plus à « l'application des procédures pertinentes prévues par les traités » mais à « s'en tenir aux dispositions

²⁴⁸ . Résolution du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée, précitée, point 6. Il est précisé dans le rapport *Gil-Robles Gil-Delgado* du 12 octobre 2000 qu'il convient de ne pas « entraver l'effort de recherche d'une majorité », précité, point 15.

²⁴⁹ . A cet égard, on rappellera qu'en principe le passage au vote peut être demandé à tout moment par une majorité d'États membres, v. l'article 9 du règlement intérieur du Conseil (Décision du Conseil du 31 mai 1999, *J.O.* L 147/13 du 12 juin 1999). Il s'agirait, le cas échéant, de la même majorité que celle qui s'apprête à s'engager dans une coopération renforcée.

²⁵⁰ . En particulier, v. le document de synthèse de l'Allemagne et de l'Italie, CONFER 4783/00, 4 octobre 2000, p. 4.

²⁵¹ . Article 43 A du TUE.

²⁵² . Article 205 du TCE. De toute façon, une majorité qualifiée sera encore nécessaire pour accorder la décision d'autorisation initiale de la coopération renforcée.

pertinentes des traités » (entendez : les bases juridiques) ? Ensuite, les objectifs qui ne peuvent être atteints ne sont plus ceux des traités, mais ceux qui sont assignés aux coopérations renforcées (« leur »).

S'il ne s'agit pas d'une rédaction malheureuse ²⁵³, la portée de la condition du dernier ressort laisse entrevoir de nouvelles potentialités interprétatives. Ainsi, une coopération renforcée pourrait être envisagée et se fixer des objectifs particuliers indépendamment du cours des procédures normalement prévues par les traités pour l'Union dans son ensemble. On pourrait également comprendre qu'une coopération renforcée peut être déclenchée sans nécessairement avoir été jusqu'au bout des procédures prévues par les traités, voire sans qu'elles n'aient encore même été effectivement engagées. En effet, le Conseil ne doit pas constater un blocage en tant que tel, mais seulement reconnaître l'impossibilité d'atteindre, dans un délai raisonnable, les objectifs de la coopération renforcée projetée dans le cadre habituel des traités. Le délai raisonnable dont il est fait mention pourrait se référer, non seulement à une période de tentative passée, mais aussi à l'anticipation d'un échec, sans nécessairement avoir éprouvé les procédures ordinaires.

Dans une telle perspective, le champ d'action d'une coopération renforcée ne serait plus déterminé par celui de l'acte qui n'a pu être adopté au terme d'une procédure impliquant tous les États membres, mais bien par les objectifs que se seraient assignés les candidats à une coopération renforcée.

B. Interprétation de la condition du dernier ressort dans les avis des services juridiques du Conseil et de la Commission relatifs à une coopération renforcée envisagée dans le domaine de la taxation minimale des produits énergétiques

Sans se prononcer directement sur le fait de savoir si la condition du dernier ressort serait remplie pour pouvoir établir une coopération renforcée telle que celle

²⁵³ . La version anglaise de l'article 43 A semble confirmer que tel ne soit pas le cas : « *Enhanced cooperation may be undertaken only as a last resort, when it has been established within the council that the objectives of such cooperation cannot be attained within a reasonable period by applying the relevant provisions of the treaties* »

envisagée, l'avis du service juridique du Conseil fait remarquer qu'une proposition de la Commission a été soumise au Conseil sur le sujet en question le 17 mars 1997²⁵⁴ et qu'elle a été examinée au cours de neuf semestres successifs, lors de nombreuses réunions de travail et à plusieurs reprises au sein du COREPER et du Conseil, sans aboutir. Il indique que cette situation résulte notamment de l'opposition déclarée dès décembre 1999 d'un État membre aux principes mêmes de la directive envisagée²⁵⁵.

L'avis du service juridique de la Commission approfondit davantage la portée de la condition du dernier ressort. Elle en donne une interprétation restrictive sans percevoir les potentialités interprétatives qu'entrevoit le traité de Nice. Ainsi, la condition du dernier ressort exigerait qu'après « un délai raisonnable », une procédure de vote ait été engagée conformément au règlement de procédure du Conseil. L'avis suggère de définir ce délai raisonnable par référence au moment où le Parlement européen aurait donné son avis²⁵⁶. La condition du dernier ressort impliquerait également que l'objet de la coopération renforcée envisagée ait largement le même objet que celui de la proposition initiale de la Commission. En l'occurrence, c'est sur base de cet objet que les services juridiques ont rendu leur avis, à savoir l'imposition d'un droit d'accise minimal sur certaines sources d'énergie (et à un niveau plus élevé lorsque ce droit existe déjà, comme pour les huiles minérales), en tenant compte de l'utilisation et de la qualité des produits énergétiques en question, et en prévoyant certaines exemptions pour certaines industries.

Paradoxalement toutefois, l'avis insiste sur le fait qu'une coopération renforcée ne pourrait avoir pour objet d'adopter une mesure législative individuelle, compte tenu du risque que cette approche comporterait de voir l'apparition d'une multiplicité de coopérations renforcées dans un même domaine. L'avis présume que telle n'a pas pu être l'intention des créateurs du mécanisme de la coopération renforcée, nonobstant le manque d'indications expresses à cet égard, et l'on pourrait ajouter, nonobstant l'interprétation restrictive que l'avis retient de la condition du dernier ressort. En l'occurrence, l'avis estime que le projet couvre un domaine assez global que pour être envisagé dans le cadre d'une coopération renforcée, nonobstant le fait que certains

²⁵⁴ . COM (1997) 30 final, J. O 1997 C 139/14.

²⁵⁵ . Avis du 23 juillet 2001, précité, point 8.

aspects soient déjà couverts par le droit communautaire ²⁵⁷. En revanche, concernant un projet de coopération renforcée comportant une technique *cross-border loss compensation*, nous avons déjà indiqué que l'objet fut considéré comme trop étroit et trop proche d'une législation communautaire existante dans ce domaine pour être envisagé dans le cadre d'une coopération renforcée, au contraire d'un projet plus large créant un système de *home state taxation*.

Il apparaît en réalité que la préoccupation de la Commission n'est pas tant de prévenir un risque de multiplications de coopérations renforcées dans un même domaine, risque dont la Commission conserve au demeurant le plein contrôle, nous l'avons déjà souligné, mais la crainte qu'une coopération renforcée puisse affecter la cohérence du droit communautaire dans certains domaines, quitte à adopter une conception de la *preemption* plus stricte qu'à l'égard d'États membres agissant individuellement, dans le cadre d'une compétence partagée non encore pleinement exercée (sur ce sujet, v. ci-dessus).

C. Dans la Constitution

Sur cette question, les travaux de la Convention se sont attachés à clarifier le traité de Nice, tout en confortant ses potentialités interprétatives, notamment en ne reprenant pas l'expression « en s'en tenant aux dispositions pertinentes des traités »²⁵⁸. L'article I – 44, § 2 de la Constitution dispose finalement que « *la décision européenne autorisant une coopération renforcée est adoptée par le Conseil en dernier ressort, lorsqu'il établit que les objectifs recherchés par cette coopération ne peuvent être atteints dans un délai raisonnable par l'Union dans son ensemble* ». De la sorte, la constatation du dernier ressort, jugée quelque peu redondante avec la décision d'autorisation ²⁵⁹, pourrait être, non plus à préalable à celle-ci, mais concomitante, et actée dans celle-ci ²⁶⁰. La procédure prenant acte du dernier ressort se voit ainsi

²⁵⁶ . Avis du 31 janvier 2002, précité, points 7 et 24.

²⁵⁷ . Avis du 31 janvier 2002, précité, points 9 et 21.

²⁵⁸ . CONV 723/03 précité, p. 18.

²⁵⁹ . Un amendement d'origine franco-allemande préconisait (à nouveau) de supprimer purement et simplement cette condition du dernier ressort, CONV 779/03 précité, p. 23.

²⁶⁰ . Sur ce point, sous prétexte d'une amélioration rédactionnelle (v. CIG 50/03), la CIG a quelque peu renforcé cette idée de concomitance (du moins en langue française), le projet de Constitution issu

précisée, tandis que la procédure de déclenchement des coopérations renforcées en ressort assouplie.

La Constitution confirme par ailleurs de façon expresse que l'objet d'une coopération renforcée ne connaît pas en soi de restriction, si ce n'est le cadre général des compétences non exclusives de l'Union (v. *supra*). Ainsi, « *le champ d'application et les objectifs poursuivis par la coopération renforcée envisagée* » doivent être précisés dans la demande qu'adressent les États membres intéressés à la Commission (ou au Conseil dans le cadre de la PESC) ²⁶¹, de sorte qu'ils pourraient être repris de façon aussi large dans la décision d'autorisation initiale.

Si tel est le régime général des conditions préalables au déclenchement des coopérations renforcées, il existe un régime particulier dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, en cas de blocage persistant du processus législatif. Comme une coopération renforcée pourrait être engagée dans ce cas sans décision d'autorisation préalable, la condition du dernier ressort est supposée remplie, et son objet est limité à l'acte n'ayant pu aboutir ²⁶².

CHAPITRE 5. — DÉCLENCHEMENT DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES ET PARTICIPATION ULTÉRIEURE DES AUTRES ÉTATS MEMBRES : PROCÉDURES ET CONDITIONS DE PARTICIPATION

Le déclenchement d'une coopération renforcée fait l'objet d'une procédure d'autorisation initiale qui vise à la créer concrètement dans un domaine particulier, et à en identifier les participants. La Constitution indique par ailleurs de façon expresse que la décision d'autorisation doit préciser le champ d'application et les objectifs poursuivis par celle-ci ²⁶³, lesquels pourraient être aussi déterminés, du moins en partie, par la condition du dernier ressort, nous l'avons évoqué ci-dessus.

de la Convention ayant conservé la forme passée « lorsqu'il a été établi en son sein (du Conseil) que les objectifs poursuivis ne peuvent être atteints... », CONV 850/03 du 18 juillet 2003, article I – 43.

²⁶¹ . Article III – 419 de la Constitution.

²⁶² . Sur les articles III – 270 et 271, v. *infra* la procédure de déclenchement particulière dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale.

²⁶³ . Article III – 325 de la Constitution.

Au fil des Conférences intergouvernementales, le caractère supranational et homogène de la procédure d'autorisation initiale s'est affermi, à l'exception des coopérations renforcées envisagées dans le domaine de la PESC. En outre, la Constitution a prévu un dispositif particulier dans le domaine de la coopération judiciaire et policière en matière pénale.

La procédure relative à la participation ultérieure à une coopération renforcée d'autres États membres que ceux y prenant part dès le début n'a pratiquement pas été revue par le traité de Nice. Elle a été réformée et simplifiée de façon imaginative par la Constitution, avec une incohérence toutefois dans le domaine de la PESC.

C'est en partie à la lumière du détail de ces procédures que l'on examinera la portée réelle du principe d'ouverture. La perspective de ce principe est également sensiblement modifiée avec la possibilité introduite par la Constitution de prévoir des conditions objectives de participation.

I. Procédure d'autorisation initiale et désignation des États participants

A. Dans les traités

1. Suppression progressive du droit de veto

Dans la mesure où les coopérations renforcées ont été en grande partie conçues pour surmonter le risque de blocage au Conseil lié au vote à l'unanimité, il n'est guère étonnant que le recours au vote majoritaire lors de la procédure d'autorisation fut l'un des enjeux cruciaux des deux conférences intergouvernementales conduisant aux traités d'Amsterdam puis de Nice ²⁶⁴. De plus, la menace d'une coopération renforcée initiée à la majorité qualifiée pourrait jouer le même rôle dans la négociation que la perspective d'un vote à la majorité qualifiée, à savoir favoriser la recherche d'un compromis applicable aux Quinze.

Le traité d'Amsterdam prévoyait déjà le vote à la majorité qualifiée pour autoriser la mise sur pied d'une coopération renforcée, tant dans le cadre du pilier communautaire que dans celui du troisième pilier ²⁶⁵. Mais la règle de la majorité qualifiée est tempérée par la possibilité, pour un État membre, de faire valoir son veto, ou plus exactement de déclarer qu'il a l'intention de s'y opposer «*pour des raisons de politique nationale importantes et qu'il expose* ». Dans ce cas, il ne serait pas procédé au vote, mais le Conseil pourrait alors décider, à la majorité qualifiée, de renvoyer la décision d'autorisation au Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement ²⁶⁶, lequel se prononcerait à l'unanimité.

Cette procédure, qui s'inspire ouvertement du prétendu «compromis» de Luxembourg, fut jugée par d'aucuns comme l'obstacle principal à la mise en œuvre du mécanisme de la coopération renforcée. C'est dans cette optique que le traité de Nice l'a supprimée, aussi bien pour l'autorisation des coopérations renforcées dans le pilier communautaire que dans le troisième pilier ²⁶⁷. La seule faculté dont bénéficie encore un État membre réticent serait d'évoquer la question au Conseil européen pour une résolution politique du conflit avant que le Conseil des ministres ne statue définitivement sur la décision d'autorisation à la majorité qualifiée, telle que redéfinie par le traité de Nice.

A cet égard, lorsque le Conseil vote à la majorité qualifiée au cours de la procédure d'autorisation des coopérations renforcées au sein du troisième pilier, l'on remarquera que toute indication sur le seuil requis pour obtenir une majorité qualifiée des voix pondérées conformément à l'article 205, § 2 du TCE a été omise, comme le faisait

²⁶⁴ . Sur cette question, v. aussi les intéressantes réflexions de A. Kölliker, *Flexibility and European Unification: The Logic of Differentiated Integration*, précité, 2006, p. 244 à 246.

²⁶⁵. Articles 11, § 2 du TCE et 40, § 2 du TUE (version *post* Amsterdam). Dans le troisième pilier, la formule de la majorité qualifiée est la même que dans le premier pilier. Elle devra également exprimer le vote favorable d'au moins dix États membres, conformément à la philosophie de l'article 205 du TCE, chaque fois que la Commission ne jouit pas d'un monopole d'initiative.

²⁶⁶. Dans le troisième pilier, c'est le «Conseil européen» — où le président de la Commission siège de plein droit — qui prendrait cette décision. Alors qu'en principe seul le «Conseil réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement» pouvait, en tant que formation particulière du Conseil, adopter des actes juridiques justiciables devant la Cour de justice, il semble que le Conseil européen puisse aussi, du moins dans ce cas, adopter une décision juridique: la décision d'autorisation.

²⁶⁷ . Article 11, § 2 du TCE et Article 40 A, § 2 du TUE.

pourtant l'article 40, § 2, alinéa 3 du TUE issu du traité d'Amsterdam ²⁶⁸. En particulier, sera-t-il exigé, le cas échéant, que le seuil de voix pondérées requises expriment le vote favorable de dix (ou des deux tiers) des États membres ? De même, la référence à la clause dite « du filet démocratique », qui exige que la majorité qualifiée représente 62 % de la population, a-t-elle été volontairement omise lors de la procédure d'autorisation dans le troisième pilier ²⁶⁹, sachant qu'elle s'applique pour le premier pilier ²⁷⁰, ainsi que pour le deuxième ²⁷¹ ?

2. *Évolution progressive du rôle de la Commission et du Parlement européen*

Le rôle de la Commission et celui du Parlement européen au cours de la procédure d'autorisation sont différents dans le pilier communautaire et dans le troisième pilier. Leur rôle est également parfois quelque peu amoindri au regard de leurs pouvoirs habituels au sein de ces piliers, ce qui s'explique sans doute par la nature quasi-constitutionnelle de la décision d'autorisation.

Il fut aussi question, lors de la CIG précédant le traité de Nice, de moduler la procédure d'autorisation non seulement en fonction des domaines, mais aussi d'un nombre minimal variable d'États membres qui y participeraient (masse critique), mais cette idée n'a pas eu de suite ²⁷².

Procédure d'autorisation dans le premier pilier :

En ce qui concerne la Commission, le traité d'Amsterdam ne manque pas d'ambiguïté quant à savoir si son pouvoir d'initiative est toujours soumis à une demande préalable des États membres « *qui se proposent d'instaurer entre eux une coopération renforcée* », ou si elle jouit en sus d'un pouvoir d'initiative propre. Le cas échéant se

²⁶⁸ . Article 40 A, § 2 du TUE.

²⁶⁹ . V. l'article 40 A, § 2 du TCE qui omet de se référer à l'article 34, § 3 du TUE.

²⁷⁰ . Article 205, § 4 du TCE.

²⁷¹ . V. la référence, dans l'article 27 C du TUE, à l'article 23, § 2, troisième alinéa du TUE, qui exprime en termes identiques la clause du « filet démocratique » présentée à l'article 205, § 4 du TCE (article 3 du protocole sur l'élargissement de l'Union, annexé au traité de Nice).

²⁷² . V. par exemple CONFER 4750/00, 14 juin 2000, p. 53, et CONFER 4766/00, 30 août 2000.

poserait aussi la question de savoir si la Commission a le droit, dans sa proposition d'autorisation, d'inclure des États membres non demandeurs (voire d'exclure des États intéressés) ²⁷³. Le traité de Nice semble avoir clarifié ces questions en indiquant que la proposition de la Commission soit toujours précédée d'une demande en ce sens par les États membres intéressés ²⁷⁴, ce qui conforte une interprétation diminuant son influence à cet endroit. En toute hypothèse cependant, la Commission est en droit de ne pas donner suite à la demande des candidats à une coopération renforcée, mais elle devrait alors motiver son refus de soumettre une proposition au Conseil.

Quant au Parlement européen, alors qu'il était seulement consulté dans le traité d'Amsterdam, il est maintenant invité à donner son avis conforme lorsque la base juridique couvrant le domaine envisagé pour la coopération renforcée prévoit le recours à la procédure de codécision ²⁷⁵.

Procédure d'autorisation dans le troisième pilier :

Aux termes du traité d'Amsterdam, la demande devait être introduite au Conseil par les États membres intéressés, tandis que la Commission est simplement invitée à remettre son avis, et le Parlement est au plus informé de la demande. Le traité de Nice aligne dans une certaine mesure la procédure d'autorisation sur celle prévue dans le pilier communautaire : à l'initiative des États membres, la Commission peut y donner suite ou communiquer les raisons de son refus. Dans cette dernière hypothèse, toutefois, les États membres qui persisteraient à vouloir s'engager dans une coopération renforcée pourraient encore en demander l'autorisation directement au Conseil. En outre, que ce soit sur proposition de la Commission ou à l'initiative de huit États membres, le Conseil statue (à la majorité qualifiée), après consultation effective du Parlement européen ²⁷⁶.

²⁷³ . Article 11, §§ 1 et 2 du TCE (version *post* Amsterdam). Cette prérogative serait cohérente, il est vrai, avec celle qu'aurait la Commission pour statuer sur la participation ultérieure d'un autre État membre (sur ce point, v. *infra*). Sur cette question, v. F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 59 à 61.

²⁷⁴ . Article 11 du TCE.

²⁷⁵ . Article 11, § 2 du TCE.

²⁷⁶ . Article 40 A du TUE.

Procédure d'autorisation dans le deuxième pilier :

Ayant étendu dans une certaine mesure le mécanisme de la coopération renforcée au deuxième pilier concernant la PESC, le traité de Nice a prévu une procédure d'autorisation dont le caractère intergouvernemental est logiquement davantage prononcé. La demande des États membres désireux d'instaurer entre eux une coopération renforcée en adressent directement la demande au Conseil. Le Parlement européen en est informé tandis que la Commission est invitée à rendre un avis sur la cohérence de celle-ci avec les autres politiques. Le Conseil statue à la majorité qualifiée sur la demande d'autorisation, mais le traité de Nice a retenu la procédure du traité d'Amsterdam qui permet en fin de compte à un État membre de poser son veto pour des « raisons de politique nationale importantes »²⁷⁷.

B. Dans la Constitution

1. Procédure générale et procédure propre à la PESC

Si le mérite du traité de Nice est d'avoir supprimé le droit de veto et fait un pas dans l'homogénéisation de la procédure d'autorisation initiale pour les premiers et troisième piliers, le mérite de la Constitution est d'avoir unifier la procédure d'autorisation, en conservant toutefois une procédure spéciale pour initier des coopérations renforcées dans le domaine de la PESC²⁷⁸. C'est une conséquence logique de la suppression de la structure en piliers de l'Union qui conforte le pouvoir de la Commission dans le domaine de la coopération judiciaire et policière en matière pénale. En outre, la procédure générale est passablement simplifiée, aussi bien dans sa formulation que sur le fond, même si certains auraient voulu assouplir davantage cette procédure²⁷⁹.

²⁷⁷ . Du moins est-ce ainsi que l'on comprend la référence, dans l'article 27 C du TUE, au deuxième alinéa de l'article 23, § 2 du TUE.

²⁷⁸ . Article III – 419 de la Constitution.

²⁷⁹ . Un amendement d'origine franco-belgo-allemande visait à ce que la demande initiale des États de s'engager dans une coopération renforcée puisse simplement être soumise à l'approbation de la Commission, le Conseil des ministres se réduisant à pouvoir la refuser en statuant à la majorité qualifiée de façon expresse en ce sens (v. CONV 791/03 précité, p. 5). Un autre amendement franco-allemand suggérait que la Commission jouisse d'un droit d'initiative, indépendamment d'une demande préalable en ce sens par un groupe d'États membres. Inversement, un amendement suggérait qu'en

Ainsi, suite à une proposition de la Commission relayant la demande d'un groupe d'États membres, le Conseil statue sur la décision d'autorisation à la majorité qualifiée, sans possibilité d'évocation de la question devant le Conseil européen. Surtout, la procédure d'avis conforme par le Parlement européen est généralisée, sans exception, ce qui constitue une garantie procédurale supplémentaire destinée à vérifier le bien-fondé d'une coopération renforcée envisagée ²⁸⁰.

Dans le cadre de la PESC, en revanche, la procédure d'autorisation est rendue plus rigide que dans le traité de Nice dès lors que le Conseil est appelé à se prononcer à l'unanimité. Cette solution est anormalement en retrait par rapport à la Constitution elle-même, laquelle ayant, malgré tout, étendu les cas de vote majoritaire dans le domaine de la PESC ²⁸¹. S'il est vrai que sur ce point, la projet issu de la Convention était ambigu, la compréhension de la plupart des conventionnels, ou du moins l'intention des auteurs du texte, était bien de prévoir un vote à la majorité qualifiée (même si une exception aurait logiquement pu être faite en ce qui concerne la défense et les questions ayant des implications militaires qui sont dorénavant couvertes par le concept de politique étrangère et de sécurité commune) ²⁸².

matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale, un groupe d'États membres puisse adresser directement sa demande au Conseil sans passer par la Commission (V. CONV 821/03 précité, p. 3).

²⁸⁰ . CONV 723/03 précité, p. 24. Un autre argument technique est avancé pour justifier la généralisation de l'avis conforme. Il procède du postulat qu'une coopération renforcée ne sera plus nécessairement confinée à l'adoption d'un acte en suivant une procédure, mais qu'elle pourrait être autorisée à recourir à plusieurs bases juridiques qui pourraient indiquer des procédures différentes, de sorte que le lien entre la procédure d'autorisation (avis conforme) et la procédure de mise en œuvre de la coopération renforcée (codécision) ne serait plus possible.

²⁸¹ . Article III – 300, § 2 de la Constitution.

²⁸² . La mention de la majorité qualifiée a été supprimée aux projets d'articles III – 321 et 322 dans le document CONV 802/03, qui représentait l'état des travaux de la partie III au moment du Conseil européen de Thessalonique du 20 juin 2003 (v. le document précédant où figurait encore la majorité qualifiée, CONV 725/03 du 25 mai 2003). La raison de cette suppression par le secrétariat de la Convention se voulait de nature purement technique : le vote à la majorité qualifiée étant devenu la règle générale (article I – 22, § 3 dans le CONV 820/03 soumis à Thessalonique, devenu article 22, § 3 dans la version finale CONV 850/03), il convenait de ne plus y faire référence dans les bases juridiques de la Constitution, en ce compris les dispositions relatives aux coopérations renforcées. Toutefois, l'ambiguïté provenait du fait qu'en matière de PESC et de défense, la règle générale était au contraire le vote à l'unanimité (article III – 196, § 1, CONV 802/03, devenu III – 201 dans le CONV 850/03 précité), de sorte qu'on aurait éventuellement pu invoquer cette règle également pour les procédures de déclenchement et sur la participation ultérieure des coopérations renforcées dans ce domaine (même si formellement, les dispositions sur les coopérations renforcées ne relevaient pas du *chapitre* sur l'action extérieure soumis à la règle de l'unanimité). Cette ambiguïté n'a plus pu être rectifiée, au risque de perdre l'extension du champ d'action potentiel des coopérations renforcées à la PESC et la défense.

2. Procédure de déclenchement particulière dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale

Le projet de la Convention européenne dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale a fait l'objet de fortes réticences dans le chef de l'une ou l'autre délégation lors de la Conférence intergouvernementale. Était en cause la perspective d'harmonisation minimale en matière de procédure pénale et de criminalité grave et transnationale par le recours à la procédure législative ordinaire. Plutôt que de revenir à l'unanimité en ce domaine, la CIG 2003-2004 a imaginé un mécanisme de « freinage d'urgence » (« *emergency brake* »), et en cas de blocage persistant, la mise sur pied d'une coopération renforcée sans recourir au stade initial de la procédure d'autorisation du Conseil ²⁸³.

Plus précisément, un État membre craignant qu'un projet d'acte législatif porte atteinte aux « aspects fondamentaux de son système juridique » peut suspendre la procédure législative et évoquer la question devant le Conseil européen. Celui-ci peut faire reprendre normalement la procédure ou demander à l'initiateur du projet (la Commission ou un groupe d'États membres) d'en présenter un nouveau. Si ce nouveau projet n'a toujours pas abouti au terme d'un délai d'un an, la décision d'autorisation de procéder à une coopération renforcée sur base du projet législatif en question est réputée accordée pour autant qu'un tiers des États membres informent la Commission, le Conseil et le Parlement européen de leur volonté dans ce sens. Il en va de même dans le cas de figure où le Conseil européen s'abstient de prendre une décision sur la question évoquée dans un délai de quatre mois à partir de la suspension de la procédure législative.

De la sorte, la Constitution établit un régime dérogatoire susceptible de faciliter la phase de déclenchement d'une coopération renforcée. La condition du dernier ressort est supposée remplie au terme d'une procédure strictement encadrée, notamment par des délais. On renonce en outre à la décision d'autorisation initiale du Conseil, et partant, à établir que le nombre minimal de participants à cette coopération réunit une

²⁸³ . Articles III – 270 et 271 de la Constitution.

majorité qualifiée (ce qui tend à avantager les États les moins peuplés). D'autre part, l'objet de la coopération renforcée est limité par le projet d'acte qui n'a pu aboutir. Enfin, comme aucune condition de participation ne peut être fixée dans une décision initiale d'autorisation, aucune condition de participation ne pourra déterminer la participation ultérieure d'autres États membres ²⁸⁴.

Tous les autres aspects afférant à ces coopérations renforcées spéciales sont réglées par le régime général des coopérations renforcées.

II. Procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres

A. Dans les traités

Toute intention de participation à la coopération renforcée à un moment postérieur à sa création doit être notifiée par le candidat demandeur au Conseil et à la Commission. Celle-ci transmet son avis au Conseil dans un délai de trois mois à compter de la notification ²⁸⁵. A partir de là, la procédure varie considérablement en fonction des piliers, le traité de Nice n'ayant pratiquement apporté aucun changement par rapport au traité d'Amsterdam ²⁸⁶. Les nouvelles prérogatives du Parlement (dans le pilier communautaire) et de la Commission (dans le troisième pilier) lors de la procédure d'autorisation n'ont pas été reportées au moment de la procédure concernant la participation ultérieure ²⁸⁷.

Ainsi, dans le pilier communautaire, c'est la Commission qui statue sur la participation d'un autre État membre, ainsi que sur « d'éventuelles dispositions

²⁸⁴ . Sur les conditions de participation, v. *infra*.

²⁸⁵ . Dans le troisième pilier, cet avis est accompagné d'une recommandation relative « aux dispositions particulières qu'elle (la Commission) peut juger nécessaires pour que l'État membre concerné participe à la coopération en question » (article 40 B du TUE, v. *infra*)

²⁸⁶ . Nonobstant quelques velléités. V. par exemple le document de la présidence qui suggérait que les participants à une coopération renforcée dans le cadre du pilier communautaire puissent communiquer leurs observations à la Commission avant que celle-ci ne statue (CONFER 4798/00, 9 novembre 2000, p. 4, clause H).

²⁸⁷ . La résolution du Parlement européen sur la coopération renforcée du 25 octobre 2000 (précitée, points 12, 13, 18 et 19) préconisait un strict parallélisme entre la procédure d'autorisation et celle concernant la participation ultérieure, dans chacun des trois piliers : décision à la majorité qualifiée du Conseil sur proposition de la Commission, après avis conforme du Parlement .

particulières qu'elle peut juger nécessaires », dans un délai de quatre mois à compter de la notification ²⁸⁸. Le Conseil — pas plus celui dans sa formation ordinaire que celui de la coopération renforcée — est donc absent de cette procédure : il est tout au plus informé de l'avis de la Commission quelques semaines avant sa décision. Les raisons qui ont fondé le choix de cette procédure, pour le moins inhabituelle, ne sont pas évidentes. Peut-être a-t-on vu dans le Conseil de la coopération renforcée un obstacle possible à l'adhésion ultérieure d'autres États membres, et dans la Commission le meilleur représentant de l'intérêt commun.

Dans le troisième pilier, il revient au Conseil « restreint » de la coopération renforcée d'approuver la demande du candidat dans un délai de quatre mois à compter de la notification de celle-ci. Plus exactement, la demande est réputée approuvée par le Conseil restreint de la coopération renforcée, à moins que celui-ci ne décide, à la majorité qualifiée (adaptée) ²⁸⁹, de maintenir l'approbation en suspens et de fixer un délai pour son réexamen ²⁹⁰. A cet endroit, lorsque l'approbation est réputée approuvée, on relèvera un oubli, celui de préciser que le Conseil peut également adopter, selon la même procédure, « d'éventuelles dispositions particulières qu'elle (la Commission) peut juger nécessaires » ²⁹¹.

En ce qui concerne le deuxième pilier, la procédure décisionnelle permettant la participation d'autres États membres à la coopération renforcée dans la mise en œuvre d'une action ou d'une position commune est calquée sur celle prévalant dans le troisième pilier à deux différences près. D'abord, lorsque le Conseil statue dans le cadre de cette procédure pour tenir sa décision en suspens — ou pour adopter

²⁸⁸ . Article 11 A du TCE.

²⁸⁹ . En tenant compte de la réforme de Nice concernant la définition de la majorité qualifiée. Il semble, à cet égard, que la clause du « filet démocratique » ne soit pas de mise. V. article 40 B du TUE qui se réfère à l'article 44, § 1 du TUE. Sur ce sujet, v. aussi *supra*.

²⁹⁰ . Article 40 B du TUE.

²⁹¹ . Tel était déjà le cas dans la version du traité d'Amsterdam, lequel omettait cependant de préciser la procédure de vote au Conseil de sorte qu'en principe, le vote à majorité simple eut été d'application à cet endroit. Dans le traité de Nice, il s'agit d'un oubli dû à un projet de texte antérieur au cours de la négociation qui visait effectivement à supprimer cette référence aux « dispositions particulières », indépendamment du pilier en cause. En fin de compte, il a été décidé de conserver la formule du traité d'Amsterdam, et même de l'étendre à la participation ultérieure dans une coopération renforcée du deuxième pilier (v. l'article 27 E, *infra*). On observera par ailleurs qu'il est prévu, spécialement pour le troisième pilier, que la Commission peut faire accompagner son avis initial d'une recommandation

d'éventuelles dispositions particulières suite à l'approbation réputée approuvée — il statue à la majorité qualifiée dans sa composition normale, et non celle de Conseil restreint » de la coopération renforcée, en tenant compte ici aussi de la réforme du vote à la majorité qualifiée ²⁹². A cet égard, c'est la deuxième différence, la clause du « filet démocratique » est applicable ²⁹³. En revanche, le droit de veto, qui subsiste dans la phase initiale d'autorisation, est supprimé lors de la procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres ²⁹⁴.

B. Dans la Constitution

Ici plus encore, la Constitution simplifie les procédures, et les unifie, à l'exception de celle touchant à la PESC ²⁹⁵. La question se posait toutefois de savoir qui, de la Commission ou du Conseil de la coopération renforcée, devrait se prononcer sur la participation ultérieure d'un autre État membre dans la procédure unifiée. C'est la Commission qui fut retenue, « *pour la même raison que son rôle central lors du déclenchement des coopérations renforcées, à savoir qu'elle est la mieux placée pour arbitrer les intérêts de l'Union dans son ensemble, ceux de la coopération renforcée et ceux des non participants* » ²⁹⁶. Toutefois, afin de refléter un aspect plus inclusif de la procédure prévue par le traité de Nice (dans les deuxième et troisième pilier), à savoir le fait que la demande de participation est réputée approuvée sauf décision contraire, la Commission est invitée à *confirmer* la participation (sauf si les éventuelles conditions de participation ne sont pas remplies ²⁹⁷). Dans le même esprit, la Convention a également imaginé une solution originale permettant au candidat à la participation de faire appel au Conseil de la coopération renforcée d'une éventuelle deuxième décision négative de la part de la Commission.

relative à ces « dispositions particulières » : à quoi cela servirait-il si ce n'est pour donner la possibilité au Conseil lui-même d'en arrêter ?

²⁹² . Article 27 E du TUE.

²⁹³ . V. la référence, dans le nouvel article 27 E du TUE, au nouvel article 23, § 2, troisième alinéa du TUE, qui exprime en termes identique la clause du « filet démocratique » présentée au nouvel article 205, § 4 du TCE (article 3 du protocole sur l'élargissement de l'Union, joint au traité de Nice)

²⁹⁴ . L'article 27 E du TUE omet en effet de se référer au deuxième alinéa de l'article 23, § 2 du TUE.

²⁹⁵ . Article III – 420 de la Constitution. Le rôle du Parlement européen est inexistant à ce stade, ce qui explique qu'il soit informé régulièrement, par la Commission ou le cas échéant le Ministre des affaires étrangères, de l'évolution des coopérations renforcées (article III – 418).

²⁹⁶ . V. le commentaire dans le document CONV 723/03, p. 26.

²⁹⁷ . V. sur ce point, v. *infra* le principe d'ouverture et les conditions de participation.

En ce qui concerne la procédure relative à la demande ultérieure de participation d'un autre État membre à une coopération renforcée établie dans le cadre de la PESC, la procédure a subi des changements notables. La demande n'est plus réputée approuvée par le Conseil dans sa formation pleine, sauf suspension de cette approbation à la majorité qualifiée, elle doit être confirmée par un acte du Conseil « restreint » de la coopération renforcée en statuant à l'unanimité. Le projet issu de la Convention avait prévu un vote à la majorité qualifiée à cet endroit. La CIG l'a remplacé par l'unanimité, à l'instar de la procédure d'autorisation des coopérations renforcées dans le cadre de la PESC (v. *supra*), de façon irréfléchie et automatique, sans se rendre compte qu'elle contribuait ainsi à affaiblir le caractère inclusif des coopérations renforcées dans ce domaine ²⁹⁸.

Cette dernière considération nous invite à examiner de plus près le principe d'ouverture et les conditions de participation aux coopérations renforcées.

III. Principe d'ouverture et conditions de participation aux coopérations renforcées

A. Dans les traités actuels

Le traité de Nice a mis en exergue la « vocation universelle » des coopérations renforcées en indiquant notamment que la Commission et les participants à une coopération renforcée veillent à encourager la participation du plus grand nombre possible d'États membres ²⁹⁹. Il a également rehaussé le principe d'ouverture. L'article 43 B du TUE stipule à cet égard que les coopérations renforcées sont ouvertes au moment de leur instauration, ainsi qu' « à tout moment sous réserve de

²⁹⁸ . *Comp.* aussi avec les dispositions sur la coopération structurée permanente en matière de défense, en principe davantage « exclusive » que les coopérations renforcées, qui prévoient néanmoins un vote majoritaire au sein du Conseil « restreint » aux participants (article III – 312, § 3 de la Constitution, v. *infra*)

²⁹⁹ . Ce précepte général était censé répondre aux demandes visant à prévoir des dispositions pour inciter ou aider les candidats aux coopérations renforcées mais qui n'en seraient pas capables, notamment d'un point de vue financier dès lors que la charge financière autre qu'administrative incombe aux seuls participants (sur ce point, v. *supra*). Sur cette question, voir C.D. Ehlermann, « Différenciation, flexibilité, coopération renforcée : les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam », *R.M.U.E.*, 3/1997, p. 73.

respecter la décision initiale ainsi que les décisions prises dans ce cadre ». Ainsi, le caractère « inclusif » semble-t-il avoir une portée différente selon que l'on se place au moment de la création initiale ou postérieurement à celle-ci, ce que reflètent aussi la procédure d'autorisation initiale et celle afférant à la participation ultérieure elles-mêmes ³⁰⁰.

Au moment de leur instauration, le principe d'ouverture ne semble pas connaître de limite. Quel que soit le rôle exact des États membres ou des institutions dans la procédure initiale d'autorisation, il appartient aux seuls États membres de décider de faire partie ou non d'une coopération renforcée en projet ³⁰¹. En principe, aucun critère objectif ou de capacité ne pourrait être posé comme préalable à leur participation.

La question apparaît plus complexe s'agissant de la participation ultérieure. Le fait même de concevoir une procédure destinée à approuver la participation ultérieure d'autres États membres démontre que celle-ci n'est pas automatique, comme ce serait par exemple le cas lors d'une renonciation à un régime dérogatoire (clause d'*opt in*) ³⁰². Dans le cadre communautaire, la Commission semble jouir d'un large pouvoir d'appréciation. Dans le cadre des deux piliers intergouvernementaux, le caractère inclusif pourrait apparaître davantage prononcé vu que cette participation est réputée approuvée par le Conseil, sauf décision contraire de celui-ci statuant à la majorité qualifiée, dans sa formation « réduite » pour le troisième pilier, dans sa formation pleine pour le deuxième pilier (ce qui est plus inclusif). Dans tous les cas, les raisons permettant à la Commission de refuser la participation ultérieure, ou au Conseil de suspendre son approbation tout en fixant un délai pour réexamen de la demande ne sont pas très claires ³⁰³.

³⁰⁰ . Un autre aspect du caractère plus ou moins inclusif des coopérations renforcées réside dans l'association des non participants aux travaux et aux délibérations du Conseil. Sur ce sujet, v. *supra*.

³⁰¹ . On a vu ci-dessus, à propos de la procédure d'autorisation initiale, que le traité de Nice avait probablement clarifié le doute laissé par le traité d'Amsterdam quant au pouvoir d'initiative de la Commission, en ce compris l'identification des participants initiaux.

³⁰² . Comme c'est le cas dans le cadre des protocoles sur l'intégration de l'acquis de Schengen et relatif au titre IV du TCE, nous y reviendrons.

³⁰³ . V. l'article 11 A du TCE, et les articles 27 E et 40 B du TUE.

A cet égard, le respect par les nouveaux venus des actes adoptés par la coopération renforcée ne peut en soi constituer une condition préalable à la participation ³⁰⁴, mais davantage une conséquence de cette participation, sous peine de sanction. Au mieux, c'est l'acceptation de ce principe qui constitue une condition préalable à la participation ultérieure. En revanche, le fait d'imposer le respect de la décision initiale pourrait supposer que celle-ci puisse prévoir certaines conditions de participation. Car quels pourraient être les autres éléments de la décision initiale d'autorisation susceptibles de s'imposer aux futurs participants, si ce n'est bien entendu l'identité des participants ou la délimitation de l'objet de la coopération renforcée ? Dans le même sens, le Conseil est invité, en cas de suspension de la décision approuvant une demande de participation ultérieure à une coopération renforcée conduite dans le deuxième ou troisième pilier à indiquer les motifs de sa décision, lesquels ne pourraient sans doute se fonder que sur des raisons objectives.

De surcroît, le traité de Nice prévoit que la Commission ou le Conseil, selon les piliers, lorsqu'ils statuent sur une demande de participation ultérieure, puissent adopter « d'éventuelles dispositions particulières qu'ils peuvent juger nécessaires », « pour que l'État membre concerné participe à la coopération en question » est-il une fois précisé ³⁰⁵, ce qui pourrait à nouveau laisser entendre la possibilité d'établir des conditions, ou du moins des modalités, de participation pour les nouveaux arrivants

B. Dans la Constitution

C'est à la lumière de ces considérations que les travaux de la Convention ont entrepris de reformuler le principe d'ouverture en rendant explicite la possibilité que la décision initiale d'autorisation puisse contenir des conditions objectives de participation, et que ce sont précisément ces conditions, et non la décision initiale en général, qui s'imposent aux candidats à une participation future. Logiquement, il convenait alors que ces éventuelles conditions s'imposent également aux États membres qui

³⁰⁴ . On pourrait certes imaginer que ces actes contiennent eux-mêmes des conditions de pleine participation au sein de la coopération (comme c'est parfois le cas pour l'acquis de Schengen), mais pas de la « *membership* » elle-même.

³⁰⁵ . Article 40 B du TUE. V. *supra* la procédure relative à la participation ultérieure.

s'engagent dans une coopération renforcée au moment de sa création ³⁰⁶. Telle est la portée de l'article III – 324 de la Constitution. La question se posera sans doute de savoir, à propos de la formulation de ces conditions de participation, quel sera le pouvoir respectif des États membres, qui adressent leur demande à la Commission d'initier une coopération renforcée, et celui de la Commission elle-même, qui détient le pouvoir de faire une proposition « dans le sens » de cette demande ³⁰⁷.

L'argument principal utilisé pour motiver ce changement fut, outre la clarification des traités actuels sur les conditions d'une *participation ultérieure* d'autres États membres, que de la sorte, le pouvoir discrétionnaire de la Commission serait davantage encadré : seul le non respect de ces éventuelles conditions préalablement établies (et non par exemple de nouvelles conditions créées dans des actes adoptés ultérieurement au sein de la coopération renforcée) pourrait justifier une décision négative de la part de la Commission ou du Conseil à l'égard d'une demande d'un État membre de participer à une coopération renforcée postérieurement à sa création ³⁰⁸. De plus, ces conditions s'imposeraient de la même façon à tous les participants, quel que soit le moment de leur entrée, sans discrimination.

Dans le même sens, on a déjà évoqué que la Commission ne statue plus *in abstracto* sur la demande de participation ultérieure, elle *confirme* en principe cette participation. Ce changement est inspiré par le système de présomption d'approbation par le Conseil inventé par le traité de Nice. Jugé plus inclusif, ce système était néanmoins trop complexe et inapproprié à l'égard de la Commission pour être repris tel quel. *Mutatis mutandis*, dans le cadre de la PESC, c'est le Conseil qui *confirme* en

³⁰⁶ . V. CONV 723/03, pp. 21 à 26.

³⁰⁷ . Dès lors que la Commission pourrait refuser de faire une telle proposition (v. *supra*), elle aurait à tout le moins un levier de négociation à ce propos. *Idem* en ce qui concerne le pouvoir respectif des États membres et celui du Conseil de formuler ces conditions dans le cadre de la PESC, *a fortiori* puisque c'est le Conseil qui statue directement sur la demande des États membres.

³⁰⁸ . Plusieurs suggestions avaient déjà été émises dans ce sens durant la Conférence intergouvernementale conduisant au traité de Nice. V. par exemple le document CONFER 4750/00 (14 juin 2000, p. 54) qui évoque « l'obligation générale de motivation... sur base de conditions transparentes et objectives de rattrapage », ou encore CONFER 4761/00 (18 juillet 2000, p. 1) qui propose des « conditions transparentes et non discriminatoires d'ouverture ». Une résolution du Parlement européen recommande quant à elle que les « conditions pour intégrer ultérieurement la coopération renforcée soient fixées dans la décision initiale » (Résolution du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée, 2000/2161(INI), adoptée sur base du rapport du 12 octobre 2000 sur la coopération renforcée, A5-0288/2000 Final (Rapporteur : J.M. Gil-Robles Gil-Delgado), PE.286.95., point 9.

principe cette participation. Dans les deux cas, la confirmation semble néanmoins exiger l'adoption d'une décision formelle en ce sens, fût-elle davantage encadrée par la référence aux conditions éventuelles de participation. En l'absence de telles conditions, la compétence du Conseil ou de la Commission serait totalement « liée » et la décision se réduirait à une formalité. Nous avons cependant déjà souligné que l'exigence de l'unanimité au Conseil pour statuer sur la participation ultérieure à une coopération renforcée dans le cadre de la PESC rend le système moins inclusif que dans le système du traité de Nice (v. *supra*).

Pour dire la vérité, la motivation profonde de ce changement résidait surtout dans la possibilité pour les candidats à une coopération renforcée de pouvoir fixer des conditions de participation au moment même de la *procédure initiale d'autorisation*, ce qui rend le mécanisme à ce stade moins inclusif que dans la conception du traité de Nice. Un principe d'ouverture totale, sans restriction, au moment de la création d'une coopération renforcée risque en effet de comporter des effets pervers. Il pourrait ainsi être tentant pour un État membre, opposé à une coopération renforcée dont il ne peut empêcher l'émergence, d'en faire néanmoins lui-même partie afin de mieux contrôler sa mise en œuvre, voire de paralyser son action si l'on y vote à l'unanimité. C'est ce que nous dénommerons l'« effet 'Cheval de Troie' »³⁰⁹, que résume parfaitement bien F. Tuyschaever par la devise « *if you can't beat them, join them* »³¹⁰. La possibilité de prévoir des conditions de participation reflétant une réelle volonté d'aller de l'avant pourrait contribuer à réduire un tel risque, nous reviendrons sur ce point important³¹¹.

D'autre part, on avait à l'esprit, lors des travaux de la Convention, les développements relatifs à la coopération structurée en matière de défense dont une caractéristique était précisément de reposer sur des critères plus élevés de capacités militaires et des engagements plus contraignants. Le mécanisme de la coopération renforcée devait pouvoir intégrer cette logique au cas où le projet de coopération structurée devait échouer. Plus fondamentalement, une des clés du succès des coopérations renforcées

³⁰⁹ . Ce problème avait déjà été envisagé dans le rapport de J.L. Bourlanges, *in* Mouvement européen, *L'Europe à quelques uns ? Les coopérations renforcées*, Les études du mouvement européen, hors série, n° 2, novembre 1996, p. 21).

³¹⁰ . F. Tuyschaever, « Nauwere samenwerking volgens het Verdrag van Nice », *SEW* 2001, p. 384.

« prédéterminées » dans les traités, tels que l'adoption de l'euro ou le développement de l'espace Schengen, réside sans doute dans leur caractère plus « exclusif », dont la participation effective repose davantage sur des critères objectifs prédéfinis de participation. Par contraste, le mécanisme de la coopération renforcée, qui n'a jamais été utilisé, semble avoir été conçu comme reposant principalement sur un critère de volonté, ce qui a permis à certains de le considérer comme un simple substitut (mais sans doute trop élaboré) au vote majoritaire.

Enfin, les « dispositions particulières » que peuvent adopter la Commission ou le Conseil au moment de statuer sur la demande de participation d'un État membre sont précisées afin qu'elles ne puissent constituer des conditions de participation déguisées supplémentaires. Ces dispositions deviennent, dans la Constitution, des « *mesures transitoires nécessaires concernant l'application des actes déjà adoptés dans le cadre de la coopération renforcée* ». Elles sont adoptées par la Commission (ou par le Conseil « restreint » de la coopération renforcée en appel d'une seconde décision négative de la Commission), et dans le cadre de la PESC, par le Conseil « restreint » de la coopération renforcée sur proposition du Ministre des affaires étrangères de l'Union.

CHAPITRE 6. — CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES

Le contrôle juridictionnel des coopérations renforcées pose la question de la compétence de la Cour de justice en la matière, mais aussi du tribunal de première instance et des tribunaux nationaux. Bien que la suite de l'exposé vaille *mutatis mutandis* pour l'ensemble de la question du contrôle juridictionnel, on se limitera à se référer à la Cour de justice ³¹².

³¹¹ . Sur l'effet du 'Cheval de Troie', v. aussi le Chapitre 8, section II, C. et le Chapitre 27, section V.

³¹² . Sur cette question, v. aussi K. Lenaerts P. Van Nuffel, "Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union", in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, précité 2006, section II, D, et section IV, C. Les auteurs y analysent également le contrôle juridictionnel des coopérations renforcées en général, y compris les coopérations hors Union. H. Kortenbergh distingue quant à lui de la même façon les coopérations renforcées « *predetermined* » et « *undetermined* », H. Kortenbergh, « Closer cooperation in the treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, 1998, p. 835.

Sur le fond, le traité de Nice n'apporte pas vraiment de changement au système, compliqué, faut-il le dire, établi par le traité d'Amsterdam. D'une façon générale, la compétence de la Cour de justice est largement reconnue. Néanmoins, le réaménagement des dispositions sur la coopération renforcée ainsi que certaines modifications techniques sont susceptibles d'affecter cette compétence. Il en résulte un système d'une extrême complexité non exempt d'un certain nombre d'incertitudes ou d'incohérences. La Constitution a le mérite, sur ce sujet, d'apporter une grande simplification, sans toutefois envisager tous les cas de figure possibles.

L'on examinera pour l'essentiel la compétence de la Cour de justice à l'égard des dispositions des traités CE et UE qui établissent le régime « constitutionnel » des coopérations renforcées. Quelques questions particulières seront ensuite également soulevées ³¹³.

I. Compétence de la Cour de justice à l'égard du régime « constitutionnel » des coopérations renforcées

A. Dans les traités

Le fondement et la portée de la compétence de la Cour de justice à l'égard des règles de droit primaire qui établissent le régime constitutionnel des coopérations renforcées varient en fonction du pilier au sein duquel la coopération renforcée est conduite, et en fonction de l'origine de ces dispositions, selon qu'elles sont générales ou qu'elles concernent spécifiquement un des piliers en particulier. Enfin, la compétence de la Cour varie également en fonction des actes dérivant des traités soumis à sa juridiction. Il s'agit non seulement des actes adoptés au sein de la coopération renforcée visant à la mettre en œuvre, mais aussi des décisions initiales d'autorisation et de celles statuant sur la participation ultérieure d'autres États membres.

1. Compétence à l'égard des dispositions propres à chaque pilier

³¹³ . V. aussi sur ce sujet C. Lyons, "Flexibility and the Court of Justice, in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 102 à 107.

Dans le premier pilier, le respect des articles 11 et 11 A du TCE peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel « classique » de droit communautaire, celui organisé par les articles 220 à 245 du TCE. Concernant plus particulièrement « les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre des actions de coopération », ceux-ci sont soumis à toutes les dispositions pertinentes du TCE, y compris donc celles concernant le contrôle juridictionnel ³¹⁴.

Dans le troisième pilier, les choses s'avèrent passablement plus compliquées. Aux termes de l'article 40, § 4 du TUE dans la version d'Amsterdam, l'on pouvait considérer la compétence pleine de la Cour de justice comme une exception ne concernant que les décisions relatives à l'autorisation et à la participation ultérieure, ce qui peut se comprendre par la nature procédurale de ces décisions. Tandis que les actes adoptés au sein de la coopération renforcée seraient soumis au régime juridictionnel limité par l'article 35 du TUE, dans la même mesure que lorsque les Quinze agissent ensemble dans le cadre du titre VI du TUE. L'on observera toutefois que l'article 40, § 4 du TUE n'était curieusement lui-même pas visé par la compétence pleine de la compétence de la Cour de justice, de sorte que formellement, la Cour de justice n'avait pas la « compétence de sa compétence ».

Sur ce point, le traité de Nice semble retenir les mêmes principes, tout en prévoyant la compétence pleine de la Cour en ce qui concerne le statut de sa compétence elle-même. D'une part, l'article 40, § 2 du TUE indique que (notamment) les articles 29 à 39 du TCE s'appliquent aux coopérations renforcées conduites dans ce domaine, en ce compris donc l'article 35 du TUE qui organise un régime juridictionnel limité et à géométrie variable, propre au titre VI du TUE ³¹⁵. D'autre part, l'article 40, § 3 du TUE affirme que le contrôle juridictionnel communautaire classique s'applique aux trois dispositions spécifiques du troisième pilier, à savoir les articles 40 A à 40 B du TUE concernant respectivement la procédure d'autorisation initiale et celle sur la participation ultérieure, ainsi que l'article 40 du TUE lui-même.

³¹⁴ . Article 11, § 3 du TCE.

³¹⁵ . Sur l'article 35, v. Chapitre 15, section III.

En ce qui concerne le deuxième pilier, les nouveaux articles 27 A à 27 E du TUE figurent dans le titre V du TUE, et ne sont donc pas soumis au contrôle juridictionnel de la Cour.

2. *Compétence à l'égard des dispositions communes aux trois piliers (titre VII du TUE)*

L'article 46 du TUE détermine les dispositions du TUE qui sont soumises au système juridictionnel communautaire, en précisant, le cas échéant, les limites à la compétence de la Cour de justice pour certaines de ces dispositions.

Dans la version d'Amsterdam, l'article 46, c) du TUE visait à ce titre « *les dispositions du titre VIII (lisez : titre VII ³¹⁶), dans les conditions prévues à l'article 11 du TCE et l'article 40 du présent traité* ». Cet ajout — qui ne figurait pas dans le texte agréé à Amsterdam ³¹⁷ — a été effectué à peine deux semaines avant la signature du traité le 2 octobre 1997 ³¹⁸. Agréée dans la précipitation d'un COREPER ³¹⁹, cette formulation était cependant quelque peu incorrecte dès lors que l'article 11 du TCE ne prévoyait aucune condition particulière à la compétence de la Cour de justice. Elle pouvait même prêter le flanc à une argumentation réductrice *a contrario* ³²⁰. L'intention des négociateurs du traité d'Amsterdam était pourtant claire : rendre

³¹⁶. Le traité de Nice a corrigé cette erreur de plume.

³¹⁷. CONF 4001/97, 19 juin 1997.

³¹⁸. Il est vrai que jusque là, on s'était satisfait d'une référence indirecte à deux des trois dispositions générales du titre VII du TUE (les articles 43 et 44) dans les clauses particulières (articles 11, § 1, du TCE et 40, § 1 du TUE) qui, elles, étaient directement justiciables. Quant au contrôle juridictionnel de l'article 45 du TUE relatif à l'information régulière du Parlement, il n'avait pas vraiment retenu l'attention des négociateurs. Comme personne ne voulait remettre en cause le principe du contrôle juridictionnel des dispositions générales du TUE sur la coopération renforcée, il était logique de l'indiquer à l'article 46 du TUE, dont la fonction est précisément de limiter la compétence de la Cour dans les domaines du TUE ou d'exclure ceux qui n'y sont pas expressément mentionnés. De plus, une telle référence indirecte aux dispositions générales aurait pu avoir pour effet de limiter le contrôle juridictionnel de celles-ci à l'égard de la seule décision d'autorisation, à l'exclusion par exemple des actes adoptés au sein des coopérations renforcées.

³¹⁹. Cette précipitation explique aussi le pluriel de « aux articles K.7 » à l'article L, b) du TUE tel que révisé par la version originale du traité d'Amsterdam.

³²⁰. L'on remarquera en effet que l'article 11, § 4 du TCE rend les dispositions pertinentes du TCE — notamment celles relatives à la compétence de la Cour — applicables au fonctionnement interne des coopérations renforcées. Un raisonnement *a contrario* pourrait donc éventuellement exclure la compétence de la Cour de se référer aux dispositions du titre VII du TUE lorsqu'il s'agit d'actes autres que ceux relatifs à la mise en œuvre proprement dite : la décision d'autorisation ou la décision sur la participation ultérieure.

la Cour de justice pleinement compétente à l'égard des coopérations renforcées menées dans le cadre du pilier communautaire, quelle que soit la nature des dispositions de droit primaire, et quelle que soit la nature l'acte de droit dérivé en cause soumis à sa juridiction. Pour les coopérations renforcées menées dans le cadre du troisième pilier, l'article 46, c) du TUE renvoyait implicitement aux modalités posées à l'article 40, § 4 du TUE. La compétence de la Cour pour faire respecter les dispositions du titre VII du TUE était donc logiquement pareillement confinée aux limites posées par l'article 35 du TUE lorsqu'elle contrôle des actes adoptés au sein d'une coopération renforcée.

Dans la version de Nice, l'article 46, c) du TUE vise dorénavant les dispositions du titre VII (à savoir les nouveaux articles 43 à 45 du TUE), « *dans les conditions prévues aux articles 11 et 11 A du (TCE) et l'article 40 du (TUE)* ». A la lecture des articles 11 et 11 A du TCE, on cherche toujours en vain une condition particulière concernant la compétence de la Cour de justice, si ce n'est la constatation qu'il n'y en a pas... Le traité de Nice reproduit ainsi l'incohérence du traité d'Amsterdam, tout comme le risque d'une argumentation réductrice *a contrario* ³²¹. En revanche, la référence aux conditions du nouvel article 40 du TUE (implicitement, les paragraphes 2 et 3) est tout à fait logique. Elle confirme ainsi que la compétence de la Cour de justice à l'égard du titre VII du TUE est la même que celle afférant aux dispositions propres au troisième pilier (nouveaux articles 40 à 40 B du TUE). La Cour sera donc confinée aux limites posées par l'article 35 du TUE seulement lorsqu'elle contrôle des actes adoptés au sein de la coopération renforcée.

Qu'en est-il pour les coopérations renforcées engagées dans cadre du deuxième pilier ? Le caractère justiciable des dispositions générales du titre VII du TUE ne fait apparemment aucune exception à cet égard. Peut-être s'agit-il d'un oubli ? Autrement, on pourrait considérer que le régime juridictionnel est similaire à celui établi dans le troisième pilier. Ainsi, la compétence de la Cour serait pleine pour contrôler les décisions d'autorisation et statuant sur la participation ultérieure d'autres États membres. En ce qui concerne les actes adoptés au sein de la coopération renforcée, ils seraient vraisemblablement soumis aux dispositions habituelles du titre V du TUE, y

³²¹. V. le nouvel article 11, § 3 du TCE.

compris en ce qui concerne l'incompétence de la Cour, conformément à l'article 46 du TUE.

B. Dans la Constitution

La Constitution simplifie remarquablement la situation, principalement grâce à la suppression de la structure en piliers. Ainsi, la compétence de la Cour dans le domaine de la coopération judiciaire et policière en matière pénale ne fait plus l'objet de règles spéciales. Elle reste cependant limitée par l'exclusion des opérations de police et autres concernant le maintien d'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure³²². En matière de PESC, mis à part le contrôle des mesures restrictives du Conseil à l'encontre de personnes physiques ou morales, la compétence de la Cour reste exclue³²³.

En revanche, les dispositions de la Constitution relatives aux coopérations renforcées ne font plus l'objet d'aucune dérogation, y compris pour celles qui s'engageraient dans le domaine de la PESC. Certes, les actes adoptés au sein d'une coopération renforcée dans ce domaine seraient soumis aux règles pertinentes de la Constitution, en ce compris donc le principe d'incompétence de la Cour. Mais la décision d'autorisation et celle statuant sur une participation ultérieure ne seraient pas exonérées d'un contrôle juridictionnel, ce que pouvait déjà laisser entrevoir le traité de Nice (*v. supra*). *Idem* pour la coopération en matière pénale : seuls les actes adoptés dans le cadre de la mise en œuvre d'une coopération renforcée pourraient connaître un contrôle juridictionnel limité de la même façon que pour les actes adoptés par l'Union dans ce domaine.

II. Questions particulières relatives au contrôle juridictionnel des actes relatifs aux coopérations renforcées

Une coopération renforcée donne lieu à l'adoption de trois types d'actes correspondant aux différentes étapes de celle-ci : la décision d'autorisation, les actes adoptés au sein

³²² . Article III – 377 de la Constitution..

³²³ . Article III – 376 de la Constitution.

de la coopération renforcée, et la décision statuant sur la participation ultérieure d'autres États membres.

Concernant ces actes se pose, par exemple, la question de savoir, parmi les conditions matérielles établies par le régime constitutionnel des coopérations renforcées, celles qui déterminent la validité de la décision d'autorisation, et celles qui déterminent la validité des actes adoptés au sein de celles-ci. La version du traité d'Amsterdam requérait un examen aussi minutieux que complexe des dispositions générales et propres à chaque pilier. Le fait que ces conditions visaient des coopérations renforcées « envisagées » pouvait laisser entendre qu'elles ne visaient que la décision initiale d'autorisation. Une telle interprétation supposerait que l'objet de la coopération renforcée envisagée soit précis, et partant, favoriserait la conception selon laquelle cet objet ne pourrait être autre que celui préalablement défini dans une proposition de la Commission ayant connu un échec répété devant le Conseil³²⁴. L'on pouvait toutefois aussi raisonnablement conclure, sans en être sûr, que toutes les conditions déterminaient la validité de tous les types d'actes ³²⁵.

La nouvelle présentation des dispositions du traité de Nice a grandement simplifié cette question et confirme cette analyse ³²⁶. En effet, les nouveaux articles 43 à 45 du titre VII du TUE, qui regroupent dorénavant la plupart des conditions et principes généraux relatifs aux coopérations renforcées, sont systématiquement visés, tant dans le cadre de la procédure d'autorisation ³²⁷ que des actes adoptés au sein de la coopération renforcée ³²⁸. Dans la Constitution, ces conditions concernent les

³²⁴ . Sur ce sujet, v. *supra* la condition du dernier ressort.

³²⁵ . H. Bribosia, précité, *Cahiers de droit européen*, n°s 1-2, 2000, pp. 77 et s. L'on y discute aussi de l'éventualité d'un contrôle judiciaire à l'égard des « raisons de politique nationale importantes » qu'un État membre pouvait invoquer pour refuser de recourir au vote à la majorité qualifiée lors de la procédure d'autorisation.

³²⁶ . L'on observera cependant que les conditions de l'article 40, § 1 du TUE, dans la version du traité d'Amsterdam, ne constituent plus, dans le traité de Nice, des conditions à proprement parler pour les coopérations renforcées engagées dans le troisième pilier, ce qui ne signifie cependant pas nécessairement qu'elles ne pourraient plus être prises en compte dans un contrôle de validité matérielle. La même chose peut être dite à propos des articles 27 A et 27 B du titre V du TUE sur la PESC, lesquels donnent des indications sur les objectifs généraux et l'objet d'une coopération renforcée.

³²⁷ . Article 11, § 2, du TCE, article 27 C du TUE, et article 40 A, § 2 du TUE, respectivement pour le premier, deuxième et troisième pilier.

³²⁸ . Article 11, § 3, du TCE, Article 27 A, § 2 du TUE, et Article 40, § 2 du TUE, respectivement pour le premier, deuxième et troisième pilier.

coopérations renforcées en général, sans distinguer si elles touchent à la validité de la décision initiale d'autorisation ou des actes adoptés au sein de celles-ci ³²⁹.

Concernant plus particulièrement le contrôle juridictionnel des actes adoptés au sein des coopérations renforcées, deux questions sont susceptibles de se poser.

La première consiste à se demander si la Cour pourrait se déclarer compétente pour confronter les actes adoptés au sein des coopérations renforcées, non seulement aux dispositions des traités, mais aussi aux éventuelles modalités imposées par la décision d'autorisation elle-même. Serait ainsi sanctionnée une certaine hiérarchie entre les deux types de normes en reconnaissant un statut quasi-constitutionnel à la décision d'autorisation initiale. Cette hypothèse est renforcée par la Constitution dès lors que la décision d'autorisation est amenée à préciser le champ d'action et l'objet d'une coopération renforcée ainsi que d'éventuelles conditions de participation.

La seconde, plus délicate, revient à savoir dans quelle mesure les États qui ne participent pas à une coopération renforcée seraient en droit de contester la validité des actes adoptés dans son sein en invoquant des règles des traités, ou de la Constitution, autres que celles établissant spécifiquement le régime constitutionnel des coopérations renforcées.

Car en effet, c'est dans le cadre constitutionnel de l'Union *en général* que fonctionne une coopération renforcée. Par exemple, un État non participant pourrait-il tenter un recours en manquement contre un État participant à une coopération renforcée qui tarderait à exécuter un acte issu de celle-ci ? Un État non participant pourrait-il contester la procédure de décision choisie par le groupe d'États participant à la coopération renforcée, ou encore s'immiscer dans les rapports de compétence internes à la coopération renforcée ? La réponse à ces questions dépendra du degré plus ou moins élevé d'autonomie qui sera reconnu aux coopérations renforcées, et en fin de compte de la nature juridique de celles-ci. Tel sera l'objet du prochain Chapitre.

³²⁹ . La suppression du mot « envisagées » a été effectuée au sein du groupe des juristes de la Conférence intergouvernementale, v. CIG 50/03. A la limite, une interprétation stricte de la Constitution pourrait ne plus lier ces conditions à la validité de la décision initiale d'autorisation, mais seulement à la validité des actes adoptés par la coopération renforcée.

Il convient encore, auparavant, d'évoquer le contrôle de la Cour de justice à l'égard de la décision statuant sur la participation ultérieure d'autres États membres à une coopération renforcée. La redéfinition, par la Constitution, du principe d'ouverture et la possibilité d'établir des conditions de participation pourrait aussi donner naissance à un contentieux juridictionnel. A partir du moment où le candidat devient membre de la coopération renforcée, il devra respecter tout l'acquis de la coopération. La Cour pourrait aussi intervenir sur ce plan, de la même façon qu'à l'égard des autres participants.

Dans la mesure de sa compétence, la Cour est donc à même de protéger les intérêts de l'Union (ou de la Communauté) dans son ensemble, ceux des institutions, ceux des coopérations renforcées, ceux des États membres pris individuellement, participant ou non à cette coopération, ainsi que ceux de leurs ressortissants.

CHAPITRE 7. — ESSAI SUR LA NATURE JURIDIQUE DES COOPÉRATIONS RENFOCÉES

I. Relations entre les coopérations renforcées et les États membres non participants

Les relations qui s'établissent entre les États participant à une coopération renforcée et les autres États membres ont déjà été abordées à plusieurs endroits au cours de cette étude. Les non participants sont protégés dans une certaine mesure par plusieurs dispositions procédurales, notamment la condition du dernier ressort, le principe d'ouverture, leur participation dans la procédure d'autorisation initiale (voire dans celle relative à la participation ultérieure), ou encore leur participation aux délibérations du conseil de la coopération renforcée. Ils sont également protégés par un certain nombre de conditions matérielles telles que les clause de non discrimination, de non entrave aux échanges, et de non distorsion de concurrence. Ces protections sont garanties par la Cour de justice dont la compétence est largement reconnue.

D'une manière générale, l'article 43, h) du TUE prévoit qu'une coopération renforcée respecte les compétences, les droits et obligations des États non participants, la formulation ayant été quelque peu assouplie par rapport à la formulation d'Amsterdam³³⁰. Inversement, les États qui ne participent pas à la coopération renforcée ne peuvent entraver la mise en œuvre de celle-ci³³¹. La Constitution a d'ailleurs regroupé ces deux préceptes qui conjuguent en quelque sorte le principe de coopération loyale et sincère dans le cadre des coopérations renforcées³³².

Mais dans la mesure où les actions conduites au sein des coopérations renforcées devront coexister avec celles de l'Union, l'on pourrait assister à l'émergence d'un nouveau type de relations entre les premières et l'Union dans son ensemble, des relations qui s'apparenteraient en quelque sorte à des rapports de compétence. C'est ce que l'on va tenter de montrer dans les lignes qui suivent, lesquelles valent, du moins pour l'essentiel, tant pour le mécanisme issu du traité d'Amsterdam que celui modifié par le traité de Nice (sous réserve peut-être des coopérations renforcées dans le deuxième pilier qui semblent d'une nature quelque peu différente) et celui réformé par la Constitution européenne.

En principe, les compétences qui peuvent être exercées dans le cadre d'une coopération renforcée sont les mêmes que celles attribuées à l'Union³³³. Elles sont déterminées par les bases juridiques habituelles figurant dans les traités, et demain dans la Constitution. Ainsi, une même compétence pourrait être exercée dans deux cadres différents, par hypothèse, l'Union dans son ensemble et le cercle d'une coopération renforcée. Les compétences de l'Union et celles susceptibles d'être exercées dans le cadre d'une coopération renforcée sont en quelque sorte concurrentes (ou « partagées » au sens de la Constitution).

³³⁰ . *Comp.* article 43, § 1, f) du TUE (version *post* Amsterdam). Le traité de Nice supprime la référence aux « intérêts » des non participants, et remplace l'expression de « ne pas affecter » par celle de « respecter ».

³³¹ . Article 44, § 2 du TUE (article 43, § 2 du TUE, version *post* Amsterdam).

³³² . Article III – 417 de la Constitution.

³³³ . Ou le cas échéant, plus spécifiquement à la Communauté européenne qui existe en tant que telle tant que la Constitution n'est pas entrée en vigueur. Pour la suite de l'exposé, on se référera uniquement à l'Union.

L'on pourrait dès lors arguer — par analogie avec le système des compétences concurrentes entre l'Union et ses États membres — que les États autorisés à s'engager dans une coopération renforcée ne pourraient exercer les compétences de l'Union qu'aussi longtemps que et dans la mesure où elles ne sont pas exercées par la l'Union dans son ensemble. Aussi, les principes de primauté et de *preemption* joueraient en faveur de l'Union de la même manière que dans les rapports entre celle-ci et tous ses États membres pris individuellement (ou collectif d'États membres agissant en dehors du cadre de l'Union). Même dans les domaines couverts par le troisième pilier (voire du deuxième pilier), l'action de l'Union dans son ensemble pourrait remplacer progressivement celle du groupe restreint en coopération renforcée.

Toutefois, certaines caractéristiques constitutionnelles du nouveau mécanisme pourraient imposer une autre solution. Ainsi, le déclenchement en « dernier ressort » d'une coopération renforcée suppose, quelle que soit sa portée exacte, que l'on ait constaté une impossibilité pour l'Union dans son ensemble de réaliser une action dans un délai raisonnable. En outre, il est prévu une procédure spécifique permettant aux États membres restés en dehors de la coopération renforcée d'y participer ultérieurement. Ne pourrait-on en conclure que l'habilitation d'une coopération renforcée ait pour conséquence de conférer tant aux participants qu'aux non participants le droit de ne plus être amenés à négocier dans le cadre normal de l'Union ?

Autrement dit, la décision d'autorisation initiale d'une coopération renforcée aurait pour effet de « dessaisir » l'Union dans son ensemble d'une matière, voire d'un objectif, au profit du cercle des États participant à celle-ci (sans préjudice bien entendu de la réserve de compétence des États non participants). On rappellera à cet égard les progrès effectués par le traité de Nice puis par la Constitution pour étendre le champ d'action potentiel d'une coopération renforcée, et précisément pour le définir dans la décision initiale ³³⁴. Celle-ci s'apparenterait ainsi, si pas *de jure*, *de facto*, à un transfert ou à une délégation de compétences de l'Union — par hypothèse non exclusives — à titre exclusif au profit de la coopération renforcée, tandis que les autres États membres conserveraient leur compétence en la matière. On assisterait de la

³³⁴ . V. *supra* les conditions préalables au déclenchement des coopérations renforcées.

sorte à une différenciation des rapports de compétence entre l'Union et ses États membres.

Le retour à la négociation dans le forum commun de l'Union ne serait possible que si aucun des États membres, ou un nombre minimal de ceux-ci, ne s'y opposaient ³³⁵. Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que dans la plupart des cas, la Commission européenne serait incontournable pour reprendre une négociation dans cadre normal de l'Union après l'établissement d'une coopération renforcée. Par conséquent, cette situation pourrait engendrer un phénomène de *preemption* ou de 'prédominance' au profit de la coopération renforcée : le seul moyen pour les non participants de bénéficier d'une règle commune serait de se rallier à la règle de la coopération renforcée, ce qui pourrait être une source de tension ³³⁶.

L'examen des coopérations renforcées dans le cadre du titre IV du TCE ou dans le cadre de l'UEM confirme cette analyse de différenciation des rapports de compétence. Nous verrons en effet que, dans le premier cas, la Communauté a conclu avec le Danemark des accords internationaux parallèles à la réglementation communautaire dont le Danemark était exclu, et dans le second cas, que la BCE a conclu un accord avec les banques centrales nationales des États membres qui n'ont pas adopté la monnaie unique afin d'établir un nouveau mécanisme de change (MTC 2).

II. Nature juridique des coopérations renforcées et de leur acquis

Le système quasi-constitutionnel des procédures relatives au déclenchement des coopérations renforcées et à participation ultérieure des autres États membres, ainsi que les adaptations constitutionnelles qui caractérisent leur fonctionnement invitent à s'interroger sur la nature juridique de « l'entité » au sein de laquelle se noue ces coopérations. La question – sur laquelle nous reviendrons de façon transversale dans

³³⁵ . Soit qu'ils acceptent tous de reprendre une négociation dans le cadre normal de l'Union. Soit que l'on revienne sur la décision d'autorisation pour la remodeler, voire la supprimer : une majorité qualifiée du Conseil dans sa formation pleine suffirait pour défaire ce qui a été fait.

³³⁶ . J.M de Areiza a voulu dire la même chose, nous semble-t-il (J.M. de Areilza, « The Reform of Enhanced co-operation Rules : Towards less flexibility ? » in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *précité*, 2001) notamment, p. 38 : « Decisions taken by the inner core would eventually have to be accepted by everyone who wanted to participate in that area of policy whenever they were ready for it »

la partie finale de notre étude – ne saurait recevoir de réponse définitive. Le régime constitutionnel général des coopérations renforcées, nonobstant les nouveaux rapports de compétence qu'elles sont susceptibles d'engendrer, ne permet pas de les considérer comme l'expression d'organisations internationales distinctes, ni de leur reconnaître une personnalité juridique propre. Il semble au contraire que l'on se soit attaché à préserver au maximum un cadre «constitutionnel» unique.

La question se pose plus particulièrement quant à la nature des actes adoptés au sein d'une coopération renforcée dont on sait qu'ils ne s'appliquent qu'aux États membres participants ³³⁷, y compris ceux qui la rejoignent postérieurement à sa création ³³⁸. Dès lors que ces actes sont adoptés dans le cadre institutionnel et des compétences de l'Union, afin de favoriser la réalisation de ses objectifs, l'interprétation la plus raisonnable serait, semble-t-il de considérer les actes issus d'une coopération renforcée comme relevant du droit communautaire (ou de l'Union), justiciables devant la Cour de justice ³³⁹, mais dont le champ d'application « spatial », « territorial » voire « personnel » serait variable, en fonction des États y participant.

Dès lors que l'espace ou le territoire dont il est question correspond à celui des États membres considérés comme parties contractantes aux traités, on parlera plutôt de différenciation du champ d'application « *interétatique* ». Il ne faut pas voir dans cette expression une connotation nécessairement intergouvernementale des coopérations renforcées. Elle est simplement le reflet de l'objet de notre étude : la différenciation (constitutionnelle) interétatique ³⁴⁰. Elle n'est donc pas contradictoire avec la nature communautaire des coopérations renforcées.

Un autre argument dans ce sens consiste à observer que dès que tous autres États membres auront pris part à une coopération renforcée, le droit de la coopération renforcée sera indubitablement du droit communautaire.

³³⁷ . Article I – 44, § 4 de la Constitution (art. 44, § 2 TUE)

³³⁸ . Article III – 418, § 1 de la Constitution (art. 43 B TUE)

³³⁹ . V. Chapitre précédent.

³⁴⁰ . V. aussi Chapitre 28, section II.

Toutefois, cette analyse, qui est confortée par la Constitution (v. *infra*) est quelque peu contredite par le traité de Nice. Celui-ci affirme en effet noir sur blanc que les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre d'une coopération renforcée, dont on a vu qu'ils ne lient que les États membres qui y participent et ne sont, le cas échéant, directement applicables que dans ceux-ci, « *ne font pas partie de l'acquis de l'Union* »³⁴¹.

L'expression est frappante à plus d'un titre.

D'abord parce que la notion d'« acquis de l'Union » était taboue dans le traité d'Amsterdam, lequel, par correspondance à l'acquis communautaire, préférait se référer « aux mesures prises au titre des autres dispositions des traités »³⁴². Cette formulation, qui n'a d'ailleurs pas complètement disparu dans la version de Nice³⁴³, était destinée à éviter d'ajouter de l'eau au moulin de ceux qui étaient enclins à reconnaître une personnalité juridique à l'Union. Non seulement le traité de Nice affirme l'existence d'un « acquis de l'Union », il introduit également le concept de « compétences de l'Union »³⁴⁴. Faut-il en conclure de façon définitive que la personnalité juridique de l'Union est dorénavant reconnue sans équivoque ? Pas nécessairement, selon nous, car même considérée comme une association d'États agissant collectivement pour leur propre compte, l'Union pourrait se voir reconnaître l'exercice de compétences, et par conséquent se voir attribuer l'acquis qui en est issu, fussent des compétences et un acquis d'une nature quelque peu différente de ceux se situant dans le cadre communautaire³⁴⁵. Quoiqu'il en soit, on sait que la Constitution

³⁴¹ . Sur la portée de cette disposition, v. aussi F. Tuytschaever, « Nauwere Samenwerking volgens het Verdrag van Nice », *SEW*, 11 - 2001, 366, paragraphe n° 44.

³⁴² . Article 43, § 1, e) du TUE (version *post* Amsterdam).

³⁴³ . Article 43, c) du TUE.

³⁴⁴ . Article 43, d) du TUE.

³⁴⁵ . V. aussi les tentatives du service juridique du Conseil de l'Union de convaincre, en vain, tous les États membres, vers la fin de la Conférence intergouvernementale, de reconnaître formellement la personnalité juridique de l'Union (SN 5332/00, 24 novembre 2000). Il est vrai qu'en précisant que les accords conclus dans le cadre des piliers intergouvernementaux « lient les institutions de l'Union », le nouvel article 24 du TUE semble avoir franchi un nouveau pas vers une reconnaissance *de facto* d'une telle personnalité juridique. Toutefois, en n'indiquant pas, comme à l'article 300 du TCE, que ces accords lient aussi les États membres, l'on pourrait en conclure que cette précision a été jugée inutile précisément du fait que ce sont les États qui sont liés au premier chef, l'Union n'ayant pas la personnalité juridique.

européenne a résolu radicalement cette question en reconnaissant une personnalité juridique à l'Union qui englobe celle de la Communauté européenne.

Ensuite, parce que cette expression s'en tient à « l'acquis de l'Union », sans préciser que les coopérations renforcées, en l'occurrence dans le cadre du TCE, ne font pas partie, elles non plus, de « l'acquis communautaire ». En effet, les nouvelles dispositions du traité de Nice sur les coopérations renforcées abondent par ailleurs de références à l'Union et à la Communauté comme entités distinctes ³⁴⁶, ce qui traduit une tendance croissante (notamment au sein du service juridique du Conseil) à réduire le concept d'Union aux deux piliers intergouvernementaux. Néanmoins, c'est certainement dans son acception plus large qu'il faille comprendre l'Union, et par conséquent l'étendue de son acquis comme comprenant la Communauté et ses activités, conformément à l'article 1 du TUE ³⁴⁷. L'on ne verrait en effet pas pourquoi l'affirmation de principe comme quoi les actes issus d'une coopération renforcée ne font pas partie de l'Union, serait différente lorsque mise en œuvre dans le cadre communautaire. De nouveau, la Constitution européenne a le mérite de mettre fin à toutes ces spéculations.

Ceci nous conduit naturellement à poser la question de la raison sous-jacente à une telle affirmation de principe, ainsi que la portée de celle-ci. Il semble que la raison soit à chercher dans la perspective du grand élargissement de l'Union européenne. En déclarant que le produit des coopérations renforcées ne fait pas partie de l'acquis de l'Union ou de la Communauté, on évite d'imposer des charges supplémentaires aux pays candidats à l'adhésion, dont l'intégration de l'acquis des Quinze d'alors constitue déjà un lourd fardeau. Il serait effectivement illogique d'imposer des obligations aux nouveaux adhérents alors que certains membres actuels en seraient libres, nonobstant le fait que cette position de principe a été retenue à l'égard de

³⁴⁶ . « objectifs de l'Union et de la Communauté » (Article 43, a) du TUE), « compétences de l'Union ou de la Communauté » (Article 43, d) du TUE), les « politiques de l'Union et de la Communauté » (Article 45 du TUE), etc.

³⁴⁷ . Bon nombre de dispositions des traités ne peuvent être comprises qu'en retenant cette définition large de l'Union. D'ailleurs, il en va de même pour certaines autres dispositions du traité de Nice sur les coopérations renforcées, v. par exemple l'article 27 A du TUE (« l'ensemble des politiques de l'Union »), ou encore l'article 27 C du TUE (« les politiques de l'Union »).

l'acquis de Schengen, intégré dans le cadre de l'Union par le traité d'Amsterdam ³⁴⁸. La question pourrait également se poser de façon délicate en ce qui concerne l'acquis de l'UEM restreint aux membres de la zone euro, pour ne citer que ces deux cas sur lesquels nous reviendrons.

Quant à la portée de ce principe, force est de constater que la conception selon laquelle le droit issu des coopérations renforcées serait du droit de l'Union au champ d'application « interétatique » variable est remise en cause ³⁴⁹. Quel serait alors le statut des règles de droit issu d'une coopération renforcée ? Sans doute relèveraient-elles de l'acquis de la coopération renforcée elle-même. Celle-ci, sans nécessairement constituer une organisation internationale distincte, s'apparenterait à tout le moins à un sous-ordre juridique pourvu d'une certaine autonomie, voire de certaines compétences dont l'Union ou la Communauté serait *de facto* dessaisie, comme nous l'avons suggéré ci-dessus. Cette conception est également raffermie par le rabaissement de la « masse critique » de participation aux coopérations renforcées.

Certains iront peut-être jusqu'à reconnaître une personnalité juridique propre à cette nouvelle entité (du moins lorsque la coopération renforcée agit dans le cadre de la Communauté dont la personnalité juridique est indiscutable). Si au contraire une telle personnalité juridique lui était déniée, une coopération renforcée pourrait s'apparenter à un groupe d'États agissant de façon collective, à l'instar du statut de l'Union elle-même, quel que soit au demeurant le cadre dans lequel elle agirait. Et seuls les États en tant que tels, en l'occurrence seuls les États participant à la coopération renforcée, seraient liés. Certaines dispositions du traité de Nice pourraient être interprétées dans ce sens. Ainsi, ce sont les États membres qui « peuvent recourir aux procédures,

³⁴⁸ . Article 8 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union : « Aux fins des négociations en vue de l'adhésion de nouveaux États membres à l'Union européenne, l'acquis de Schengen et les autres mesures prises par les institutions dans le champ d'application de celui-ci sont considérés comme un acquis qui doit être intégralement accepté par tous les États candidats à l'adhésion ».

³⁴⁹ . D'aucuns ont tenté d'expliquer qu'il s'agirait bien de « droit communautaire » ou « droit de l'Union », sans relever pour autant de l'acquis de l'Union. Pourtant, « l'acquis » ne comprend-il pas au moins le « droit » ?

mécanismes prévus par (les traités) »³⁵⁰, tandis que les actes adoptés au sein des coopérations renforcées « ne lient que les États membres qui y participent »³⁵¹.

Sur le plan international par exemple, cela signifierait que le régime des relations extérieures d'une coopération renforcée, même agissant dans le cadre des bases juridiques du TCE, s'apparenterait à celui de l'Union : seuls les États participant à la coopération renforcée seraient liés, à l'exclusion des autres États membres, mais aussi des institutions. Autant dire qu'une telle conception serait alors fortement frappée de la marque intergouvernementale.

Par ailleurs, quelles que soient les implications exactes du fait que le produit juridique des coopérations renforcées ne fasse pas partie de l'« acquis de Union », cette conception est difficilement compréhensible lorsque ces coopérations renforcées sont engagées dans le deuxième pilier. Car elles ne peuvent dans ce cas que mettre en œuvre une action ou une position commune établie préalablement par tous les États membres afin de « servir les intérêts de l'Union dans son ensemble »³⁵².

En conclusion, l'on s'aperçoit que l'affirmation de principe selon laquelle les actes adoptés au sein des coopérations renforcées ne font pas partie de l'acquis de l'Union peut générer des débats philosophico-juridiques et avoir des répercussions inattendues tant en ce qui concerne la nature de l'Union que celle des coopérations renforcées.

Les travaux de la Convention européenne semblent avoir pris conscience de la problématique³⁵³ de sorte que la Constitution n'a pas repris cette disposition énigmatique. Elle se contente dès lors d'indiquer, en lieu et place de celle-ci, que les actes en question « *ne sont pas considérés comme un acquis devant être accepté par les États candidats à l'adhésion* »³⁵⁴. Telle était probablement déjà l'intention réelle des auteurs du traité de Nice qui cherchaient notamment à se démarquer du principe

350 . Article 43 du TUE.

351 . Article 44 du TUE.

352 . Article 27 A, § 1 du TUE.

353 . CONV 723/03 précité, p. 19.

354 . Article I – 44, § 4 de la Constitution.

contraire retenu pour l'acquis issu des accords de Schengen ³⁵⁵. La solution retenue par la Constitution de ne pas imposer aux futurs candidats à l'adhésion des règles qui ne s'imposent déjà pas à tous les membres actuels semble effectivement plus cohérente, et davantage conforme à l'idée que la participation à une coopération renforcée repose avant tout sur un choix volontaire. D'ailleurs, un accord sur ce point entre les États membres actuels ne préjuge en rien de ce qui pourrait être convenu à cet égard avec les candidats à l'adhésion.

CHAPITRE 8. — APPORTS DU TRAITÉ DE NICE ET DE LA CONSTITUTION POUR RENDRE LE MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE PLUS ATTRACTIF ET PLUS OPÉRATIONNEL

Bien que le sujet des coopérations renforcées n'ait été abordé que relativement tard par la Convention européenne, et nonobstant le fait que la négociation menant au traité de Nice donnait l'impression d'avoir déjà (re)fait le tour de la question, il a fait l'objet d'une nouvelle réflexion approfondie ³⁵⁶.

Le principal apport de la Constitution réside sans doute dans le fait d'avoir préservé un mécanisme qui n'a encore jamais servi et que certains étaient prêts à ne pas reprendre dans le traité constitutionnel, soit pour inutilité avérée, soit au contraire en raison des risques de division au sein de l'Union que ce mécanisme recèlerait. L'argument le plus souvent avancé fut que ce mécanisme pourrait s'avérer utile pour gérer les élargissements successifs de l'Union et l'hétérogénéité croissante qui en résulte, tout en offrant un certain nombre de garde-fous destinés à préserver l'unité de

³⁵⁵ . V. *supra*. On remarquera à cet égard que la formulation de l'article I – 44, § 4 s'inspire de l'article 8 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union, fût-ce en renversant le principe. Nous verrons cependant, au prochain Titre, que l'adhésion formelle au système Schengen ne devient effective que progressivement.

³⁵⁶ . Parmi les travaux les plus récents consacrés aux coopérations renforcées qui s'inscrivent dans le contexte de la Convention européenne ou de la Conférence intergouvernementale, v. E. Philippart, « Un nouveau mécanisme de coopération renforcée pour l'Union européenne élargie », *Notre Europe*, Etudes et Recherches n° 22, mars 2003 (<http://www.notre-europe.asso.fr/IMG/pdf/Etud22-fr.pdf>). V. aussi B. Racine, P. Buffotot, G. Canivet, et J. Pisani-Ferry, *Perspectives de la coopération renforcée dans l'Union européenne, Rapport de synthèse et quatre rapport sectoriels*, Commissariat général du plan, Paris, La Documentation française, 2003 (<http://www.plan.gouv.fr/publications>) ; et F. Dehousse, W. Coussens et G. Grevi, *Integrating Europe: Multiple Speeds - One Direction?*, *European Policy Center*, Working Paper n° 9, April 2004.

l'Union et de son cadre institutionnel. En particulier, le mécanisme de la coopération renforcée dans le cadre de l'Union est jugé préférable à des initiatives intergouvernementales menées par certains États membres en dehors de celui-ci.

Dans l'appréciation critique et contextuelle des coopérations renforcées clôturant cette étude, nous reviendrons sur les différentes logiques qui sous-tendent la conception du mécanisme de la coopération renforcée et imaginerons les domaines susceptibles d'en faire l'objet. Auparavant, il convient de faire la synthèse des apports du traité de Nice, puis de la Constitution européenne, pour rendre le mécanisme de la coopération renforcée davantage opérationnel et plus attractif. Ils touchent d'une part à la simplification du dispositif juridique, et d'autre part à un assouplissement des limitations imposées au mécanisme, en particulier certaines conditions matérielles et procédurales.

I. Apports dans la forme : simplification et clarification du régime juridique

A la lumière des progrès effectués par la Constitution, la refonte des dispositions sur la coopération renforcée opérée par le traité de Nice n'a que peu amélioré la présentation des textes issus du traité d'Amsterdam. Certes le mécanisme a fait l'objet d'une nouvelle réflexion, fût-ce durant une période relativement courte (compte tenu de l'intégration tardive de la question à l'agenda de la CIG). L'impression demeure cependant que le travail de finition juridique a été bâclé, en témoigne par exemple la prise en compte tatillonne de la réforme du vote à la majorité qualifiée sur le fonctionnement des coopérations renforcées, l'enchevêtrement complexe des dispositions concernant le contrôle juridictionnel du mécanisme, ou encore les dispositions telles que les articles 27 A, § 2 et 40, § 2 du TUE dont on cherche toujours la signification exacte. De surcroît, de nombreuses questions subsistent quant à la portée de la condition dite du « dernier ressort » et son incidence sur le champ d'application potentiel des coopérations renforcées.

Sur tous ces points, la formulation des textes a gagné en précision dans la Constitution, même si des points d'interrogation subsistent par ailleurs quant à la nature juridique des coopérations renforcées et aux incidences de celles-ci sur l'ordre constitutionnel de l'Union. D'une manière plus générale, un des apports de la

Constitution sur ce sujet consiste à avoir grandement simplifié la présentation des textes relatifs aux coopérations renforcées, en partie grâce à la suppression de la structure en piliers de l'Union.

II. Apports sur le fond : assouplissement des limitations

Sur le fond, les réformes successives du mécanisme sont-elles à la hauteur de l'objectif fixé, à savoir rendre véritablement opérationnel le fonctionnement des coopérations renforcées ?

A. Extension des compétences potentielles des coopérations renforcées

Le champ des compétences pouvant faire l'objet d'une coopération renforcée dans le premier pilier a été quelque peu précisé dans le traité de Nice, voire élargi (citoyenneté), et certaines conditions matérielles déterminant l'exercice de son action (en particulier la condition de non discrimination) y ont été assouplies. Il s'agit là cependant somme toute de changements mineurs, voire dans certains cas, purement cosmétiques. De même, l'extension du mécanisme au deuxième pilier a une portée extrêmement limitée dans la mesure où il ne concerne que la mise en œuvre d'actions ou de positions communes, et ne peut avoir trait aux questions de défense ou ayant des implications militaires. A cet égard, la Constitution a élargi sans restriction le champ d'action potentiel des coopérations renforcées à la PESC et à la défense, tandis que les conditions matérielles n'ont pratiquement plus été revues. Seule la pratique révélera dans quelle mesure ces conditions sont à même de restreindre le champ d'action potentiel d'une coopération renforcée, notamment lorsque le domaine de compétence envisagé a déjà fait l'objet d'une réglementation commune.

En ce qui concerne le champ d'action concret d'une coopération renforcée en particulier, la condition du dernier ressort telle que définie par le traité d'Amsterdam laissait entendre qu'il serait restreint à l'acte ayant fait l'objet d'un échec constaté au sein du Conseil. Sur ce point, la Constitution conforte les avancées du traité de Nice qui laissent davantage de marge de manœuvre dans la définition de l'action envisagée par la coopération renforcée, ce qui devrait rendre le recours au mécanisme beaucoup plus attractif.

B. Assouplissement de la phase de déclenchement

En réalité, ce sont les aspects procéduraux du mécanisme qui ont chaque fois retenu davantage l'attention, en particulier la phase de déclenchement. A cet égard, d'aucuns ont soutenu que la plus grande avancée du traité de Nice fut de supprimer le droit de veto au stade de la décision d'autorisation. Sur ce point, la Constitution est allée à la fois plus loin, en imposant un vote à la majorité qualifiée sans autre possibilité de retarder la procédure en évoquant la question devant le Conseil européen, et moins loin dans le cadre de la PESC où le retour à l'unanimité fut le prix à payer pour élargir le champ d'action des coopérations renforcées à ce domaine, en ce compris la défense, sans restriction. En outre, la condition du dernier ressort a été progressivement neutralisée. Dans l'esprit de la Constitution, cette condition ne requiert plus en soi de conduire à leur terme, voire même d'initier, des procédures impliquant d'abord tous les États membres. Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, la phase initiale de déclenchement a même été supprimée (l'autorisation étant réputée accordée), pour autant qu'un blocage concernant un projet législatif ait pu être constaté conformément à des modalités et une procédure très détaillées dans la Constitution. On retrouvera ce genre de technique dans les coopérations renforcées destinées à développer l'acquis de Schengen ou le titre IV du TCE (v. Titre II).

Quant à la « masse critique » de participation, c'est principalement en terme d'assouplissement de la phase initiale de déclenchement qu'elle a été examinée. Fixée à la moitié des États membres dans le traité d'Amsterdam, elle a été réduite à un minimum de huit États membres dans le traité de Nice, tandis que la Constitution la relève quelque peu à un tiers de ceux-ci dans un souci d'abstraction et de généralisation propre à l'exercice constitutionnel. Pourtant, la définition du seuil minimal de participation comporte d'autres aspects qui sont liés, dans une certaine mesure, à la logique poursuivie par la création d'un tel mécanisme, nous y reviendrons. Quoiqu'il en soit, il peut sembler paradoxal d'avoir diminué de la sorte la masse critique d'une coopération renforcée alors que par ailleurs, le traité de Nice rehaussait formellement le principe d'ouverture, notamment en encourageant « la

participation du plus grand nombre possible d'États membres »³⁵⁷. A cet égard, l'on pourrait se demander s'il est légitime, dans l'Union élargie, qu'un tiers des États membres seulement puissent avoir recours aux institutions communes, et le cas échéant, agir sous la bannière de l'Union. En particulier, le maintien de la composition pleine du Parlement européen pour statuer en co-décision sur un acte législatif ne s'appliquant pas à tous les États membres, ce qui pourrait se justifier par le caractère potentiellement provisoire des coopérations renforcées, pourrait s'avérer plus difficilement tenable lorsque l'acte ne concerne que huit ou neuf États membres, que s'il n'en concernait au moins la moitié d'entre eux. Une telle réduction de la masse critique risque dès lors rendre le mécanisme peu crédible, et donc aussi, peu opérationnel...

Ces dernières remarques nous conduisent à examiner les implications du principe d'ouverture sur l'attractivité du mécanisme et son caractère opérationnel.

C. Adaptation du principe d'ouverture dans la Constitution

Nonobstant ces quelque progrès, il reste que le mécanisme de la coopération renforcée souffre depuis le début de sa conception d'une faiblesse qui relativise les avancées faites dans la procédure initiale d'autorisation, notamment en généralisant le vote à la majorité qualifiée à cet endroit. Il s'agit du principe d'ouverture en vertu duquel la participation de tout État membre à une coopération renforcée au moment de sa création ne dépend que de la simple volonté de celui-ci. Autrement dit, il serait loisible à tout État qui est à la source d'un blocage dans le processus décisionnel normal (par hypothèse, surtout si l'on y vote à l'unanimité) d'empêcher que ce processus ne continue sans lui dans un cercle plus restreint en le rejoignant dès le départ, et le cas échéant, de continuer à bloquer toute prise de décision dans ce cercle plus restreint³⁵⁸.

³⁵⁷ . Article 43 B du TUE, repris à l'article III – 418, § 1, alinéa 2 de la Constitution.

³⁵⁸ . V. aussi Ch. Deubner, précité, 1999.

Ce n'est pas seulement la mauvaise foi, sans doute contraire au principe de coopération sincère et loyale ³⁵⁹, qui pourrait expliquer une telle attitude, mais aussi la prise de conscience que les actes adoptés au sein de la coopération renforcée préfigurent de façon durable la réglementation future de l'Union dans son ensemble, comme le précédent de l'acquis de Schengen l'atteste : la seule alternative pour les non participants serait à terme soit de s'y soumettre, soit de rester dans une situation marginale et en dehors de toute réglementation commune ³⁶⁰. La perspective qu'une coopération renforcée envisagée puisse, à l'unanimité de ses participants, activer la passerelle permettant de modifier la procédure décisionnelle, comme prévu dans la Constitution, pourrait encore accroître les effets pervers de ce principe d'ouverture, véritable « cheval de Troie » des coopérations renforcées (à moins que l'activation de la passerelle ne puisse constituer d'emblée une condition de participation...)

Plus généralement, les États de « mauvaise » volonté pourraient être tentés de participer dès sa création à une coopération renforcée de peur de devoir payer un « prix d'entrée » élevé ou remplir de nouvelles conditions pour se voir admettre ultérieurement. Telle pourrait être, en effet, la conséquence d'un principe d'ouverture qui apparaît, par contraste, très relatif et incertain, en ce qui concerne la participation ultérieure. Il est en effet frappant de constater le pouvoir discrétionnaire laissé à la Commission et au Conseil pour statuer sur la participation ultérieure. Un principe d'ouverture bien compris à ce stade aurait pu être aussi inconditionnel qu'au moment de sa création. Tel est d'ailleurs déjà fondamentalement le cas en ce qui concerne la participation au développement ultérieur de l'acquis de Schengen ³⁶¹.

La Constitution introduit un nouvel élément susceptible de répondre en partie à ce problème, à savoir la possibilité d'introduire des conditions de participation dans la décision d'autorisation initiale. Celles-ci s'imposeraient d'emblée aux candidats à la coopération renforcée, dès le moment de sa création. Il pourrait, certes, paraître

³⁵⁹ . Article 10 du TCE, repris à l'article I – 5, § 2 de la Constitution.

³⁶⁰ . En effet, dès qu'une coopération renforcée est habilitée à adopter un acte ou agir dans un domaine défini, il est probable que le cadre de l'Union ne soit plus en mesure d'aborder la même question, comme si l'autorisation initiale s'apparentait à un transfert de compétence de l'Union vers la coopération renforcée, v. *supra* le Chapitre 7 sur la nature juridique des coopérations renforcées.

³⁶¹ . Article 5 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union, et les articles 5 et 7 du protocole sur la position du Danemark (protocoles accompagnant le traité d'Amsterdam). Sur ce sujet, v. *infra* les Chapitres 12 et 13.

illusoire de vouloir écarter des États de « mauvaise » volonté par des critères objectifs de participation destinés à les disqualifier. On peut cependant entrevoir que ces critères de participation impliquent quelque effort ayant pour effet de jauger la volonté réelle et « bonne » des candidats à la coopération renforcée. Ces conditions pourraient même prendre la forme de principes généraux ou de lignes directrices préfigurant le contenu des actes qui y seront ultérieurement adoptés, de sorte que les États peu enclins à aller dans ce sens seraient découragés de rentrer dans la coopération renforcée. En d'autres mots, les conditions de participation viennent relativiser le principe d'ouverture au moment de la création d'une coopération renforcée et accroît ainsi son caractère « exclusif » en n'y intégrant à ce stade que les États de « bonne » volonté ³⁶².

Inversement, pour ce qui est de la participation ultérieure, ces conditions de participation sont présentées comme devant limiter le pouvoir discrétionnaire de la Commission ou du Conseil statuant sur une demande en ce sens par un État candidat à rejoindre une coopération renforcée. Ces conditions de participation ont donc pour effet de rehausser le principe d'ouverture à ce stade. De la sorte, les États membres seraient moins incités à faire partie d'emblée d'une coopération renforcée en projet par crainte de ne pouvoir s'y intégrer ultérieurement ou de devoir payer un « prix d'entrée » trop élevé pour ce faire.

D. Renforcement de l'autonomie des coopérations renforcées dans la Constitution

Une des innovations les plus remarquables de la Constitution européenne réside dans le nouveau système de passerelle qui accroît l'autonomie des coopérations renforcées en permettant aux participants d'abandonner le vote à l'unanimité et de recourir à une procédure décisionnelle plus « intégrante » que celle prévue par la Constitution. Plus

³⁶² . Dans le système particulier – évoqué ci-dessus – de déclenchement d'une coopération renforcée dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, il est prévu que la décision d'autorisation est réputée accordée sur la base du projet législatif ayant fait l'objet d'un blocage dans le processus décisionnel normal, donc en principe sans pouvoir y insérer des conditions de participation. L'effet pervers du « cheval de Troie » devrait donc demeurer à cet endroit, à moins que l'on ne considère que seul ce projet de loi en question ne pourrait être adopté dans ce cadre, de sorte que les États de « mauvaise » volonté ne pourraient plus exercer leur influence au sein de la coopération renforcée et le cas échéant bloquer le processus de décision à ce niveau.

fondamentalement, ce système permet, *de facto*, de modifier cette procédure décisionnelle sans devoir se soumettre à la procédure ordinaire de révision de la Constitution. Le renforcement de l'autonomie des coopérations renforcées est aussi illustré par la faculté laissée aux États membres intéressés de définir le champ d'action de celles-ci dans leur demande initiale, et le cas échéant de fixer des conditions éventuelles de participation, nonobstant le fait que la décision initiale d'autorisation adoptée à la majorité qualifiée implique tous les États membres et la Commission.

* *
*
*

Nous reviendrons sur le mécanisme de la coopération renforcée dans l'appréciation critique et contextuelle de la Partie finale, à la lumière des coopérations renforcées « prédéterminées » que nous allons maintenant examiner, ainsi que des coopérations conduites en dehors du cadre institutionnel de l'Union. Malgré ses limites, on tentera malgré tout d'envisager les domaines où le mécanisme pourrait être déclenché une première fois...

TITRE II. —

PRÉCURSEUR ET SUCCESSEUR DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE : LE PROTOCOLE SOCIAL DE MAASTRICHT ET LA COOPÉRATION STRUCTURÉE PERMANENTE EN MATIÈRE DE DÉFENSE

INTRODUCTION

CHAPITRE 9. — LA COOPÉRATION STRUCTURÉE PERMANENTE ET AUTRES FORMES DE COOPÉRATION DIFFÉRENCIÉE EN MATIÈRE DE DÉFENSE

CHAPITRE 10 . — LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » ISSUE DU PROTOCOLE SOCIAL DE MAASTRICHT

INTRODUCTION

Pour poursuivre notre étude, il nous a semblé intéressant de se pencher sur le « successeur » et le « précurseur » du mécanisme général de la coopération renforcée.

Son successeur, d'abord, à savoir la coopération structurée permanente en matière de défense, produit de la Convention européenne, quelque peu amendé par la Conférence intergouvernementale qui s'ensuivit. Il ne fait guère de doute que c'est précisément pour se départir du mécanisme général, et au regard de celui-ci, que ce nouveau concept s'est développé, alors même que, paradoxalement, le mécanisme général voyait aussi son champ d'action s'étendre au domaine de la PESC. De toutes les coopérations renforcées au sens large, c'est la coopération structurée permanente qui s'apparente de plus près au mécanisme général. Bien que relevant aussi des coopérations renforcées dites « prédéterminées »³⁶³, c'est aussi elle qui relativise le plus cette catégorisation dès lors que tant sa création que sa mise en œuvre pour des actions ponctuelles relèvent aussi largement du l'ordre de la potentialité.

³⁶³ . Sur la portée de ce qualificatif, v. l'introduction générale. Nous y reviendrons dans la Partie finale, au Chapitre 27.

Son prédécesseur ensuite, l'ancêtre le plus proche du mécanisme général, la « coopération renforcée » en matière sociale issu du protocole sur la politique sociale de Maastricht et de l'accord en la matière conclus par onze des douze États membres d'alors. Il s'agit là non seulement de l'ancêtre le plus proche, mais aussi de la toute première expérience de coopération renforcée au sens où nous l'avons définie dans l'introduction : différenciation du champ d'application « interétatique » d'un certain nombre de bases juridiques, voire de certaines dispositions matérielles, fonctionnement du Conseil en formation « réduite » correspondante et champ d'application pareillement limité des actes qui en ont découlé. Certes, la conception de la coopération renforcée « de l'euro » relève de la même époque, mais elle n'a été mise en œuvre dans la pratique que plusieurs années plus tard ; et l'on verra que l'analogie de la coopération renforcée en matière d'UEM est plus complexe et délicate. Le fonctionnement du protocole social dans la (courte) pratique législative constitue aussi une introduction au prochain Titre qui examinera la pratique des coopérations renforcées au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice.

Outre l'intérêt que représentent en soi ces deux régimes, ils permettent donc de mieux cerner la portée et l'originalité du mécanisme général de la coopération renforcée.

CHAPITRE 9. — LA COOPÉRATION STRUCTURÉE PERMANENTE ET AUTRES FORMES DE COOPÉRATION DIFFÉRENCIÉE EN MATIÈRE DE DÉFENSE

I. Du traité de Maastricht au traité de Nice

Si la politique étrangère de l'Union trouve son origine institutionnelle dans la « coopération politique » établie par l'Acte unique, il faudra attendre le traité de Maastricht pour entendre parler de sécurité de l'Union ou de politique de défense commune³⁶⁴.

Il n'était cependant pas question de remettre en question les nombreuses coopérations existantes, que ce soit dans le domaine de l'armement ou de capacités opérationnelles, ni le développement de coopérations futures entre certains États membres de l'Union « au niveau bilatéral, dans le cadre de l'UEO ou encore de l'Alliance atlantique dans la mesure où cette coopération ne contrevient pas à la (PESC) »³⁶⁵. Car à l'instar de ce que nous constaterons s'agissant des origines de l'Union économique et monétaire ou de l'espace de liberté, sécurité et justice, c'est en dehors du cadre communautaire que diverses coopérations interétatiques ont pris pied dans des domaines, et entre certains États membres seulement, d'ailleurs pas toujours les mêmes.

A titre illustratif, un *Organisme conjoint de coopération dans le domaine de l'armement* (OCCAR) fut fondé en 1998 par l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et l'Italie, puis rejoint ensuite par la Belgique et l'Espagne respectivement en 2001 et 2003³⁶⁶. S'agissant de capacités opérationnelles, l'*Eurocorps* fut fondé par l'Allemagne, la France et la Belgique le 1^{er} octobre 1993, et rejoint ensuite par

³⁶⁴ . Article J.4 du TUE.

³⁶⁵ . Article J.4, § 5 du TUE (Article 17, § 4 *post* Nice). Bien que cette disposition ne se retrouve plus comme telle dans la Constitution, de telles coopérations bilatérales ou multilatérales continueront d'exister. Elles sont d'ailleurs reconnues dans l'action commune concernant la création de l'Agence européenne de la défense (v. *infra*). Une disposition similaire dans le troisième pilier, l'ancien article K.7, avait de même été supprimée par le traité d'Amsterdam, sans doute dans l'idée que le nouveau mécanisme de coopération renforcée serait suffisant, sans qu'on puisse toutefois en déduire que les coopérations hors Union devenaient prohibées en la matière (en atteste le traité de Prüm, v. *infra*, dans la Partie finale).

³⁶⁶ . <http://www.occar-ea.org>.

l'Espagne et le Luxembourg, respectivement en 1994 et 1996 ³⁶⁷. L'Eurocorps a été mis à la disposition de l'UEO, de l'OTAN, puis de la PESD dans le cadre de l'Union, devenant progressivement une « Force d'intervention rapide ». Depuis 2002, d'autres membres de l'OTAN (Pologne, Turquie, Canada) ont détaché du personnel au sein de l'Eurocorps. Deux autres forces ont également été créées dans le cadre de l'UEO en 1995 pour agir principalement dans le bassin méditerranéen : *Euroforce* et *Euromarforce*. Trois États membres de l'Union ont pris cette initiative, à savoir la France, l'Espagne, et l'Italie, en plus du Portugal pour Euromarforce. La première est une force terrestre d'intervention rapide dont l'état-major est situé à Florence, en Italie. La seconde est un organisme de coordination des forces aéronavales des pays en question ³⁶⁸.

L'apport du traité d'Amsterdam fut d'identifier la politique de défense et de sécurité à travers les missions dites de Petersberg ³⁶⁹, tout en désignant l'UEO comme « bras armé » de l'Union ³⁷⁰. Suite à la déclaration de St Malo en décembre 1998, le traité de Nice a supprimé cette référence à l'UEO, dès lors que l'Union elle-même s'engageait à développer ses propres structures et capacités militaires. Depuis lors, les progrès ont été considérables, notamment en fixant des objectifs en terme de capacités militaires ³⁷¹, en créant l'Agence européenne de défense (v. *infra*), ainsi qu'en développant la structure du Conseil de l'Union européenne. Ainsi le Comité militaire de l'UE rassemble les chefs nationaux de la défense, au niveau 'ministériel' ; le Comité Politique et de Sécurité (COPS) se réunit au niveau des 'représentants permanents' et peut être habilité à agir sous mandat du Conseil ; l'Etat-major de l'UE, qui est intégré au sein du Secrétariat du Conseil, constitue l'expertise militaire, et comprend la nouvelle cellule civilo-militaire et le Centre d'opérations (OPS).

La flexibilité, ou la coopération différenciée, a ainsi toujours marqué le développement de la politique de sécurité et de défense, ce qu'a d'emblée reconnu le

³⁶⁷ . <http://www.eurocorps.org>.

³⁶⁸ . V. aussi le *Groupe aérien européen* (France et Royaume-Uni), ainsi que la *Force amphibie* (Royaume-Uni, Pays-Bas).

³⁶⁹ . Article 17, § 2 du TUE (missions humanitaires et d'évacuation, de maintien de la paix, de forces de combat pour la gestion des crises, y compris de rétablissement de la paix).

³⁷⁰ . Article 17, § 1, alinéa 2, et § 3 (*post* Amsterdam).

³⁷¹ . Fin 1999 : objectif global d'Helsinki pour 2003 ; juin 2004 : objectif global pour 2010.

traité de Maastricht, notamment pour accommoder la dite neutralité de certains États membres, la participation d'autres à l'UEO ou leur allégeance à l'OTAN ³⁷². D'emblée, le Danemark a obtenu un statut à part, suite au premier référendum négatif sur le traité de Maastricht ³⁷³. Ce statut a été formalisé dans le protocole sur la position du Danemark accompagnant le traité d'Amsterdam, c'est-à-dire le même protocole que celui organisant son statut relativement au nouveau titre IV du TCE (que nous examinerons au Titre suivant). Au terme de ce protocole, le Danemark ne participe ni à l'élaboration des actions relatives à la politique de sécurité et défense telle que définie à l'article 17 du TUE, ni à leur mise en œuvre, ni n'est obligé d'y contribuer financièrement. Par conséquent, il ne participe pas non plus à l'adoption des décisions au sein du Conseil, voire ni aux délibérations puisqu'il est exclu de « l'élaboration » ³⁷⁴. A l'inverse, le Danemark « ne fera pas obstacle au développement d'une 'coopération plus étroite' entre les (autres) États membres dans ce domaine » ³⁷⁵.

La pratique atteste du fait qu'en effet, le Danemark a été exclu d'un certain nombre de décisions qui ne le lient pas, en ce compris celle qui a créé l'Agence européenne de la défense (v. *infra*). Encore que dans la plupart des cas ³⁷⁶, les décisions ou actions communes du Conseil en matière de sécurité et défense se limitent à paraphraser les termes de l'article 6 du protocole « danois », sans toutefois jamais indiquer

³⁷² . Article J.4.4 TUE (*post Maastricht*), maintenant 17, § 1, alinéa 2 TUE.

³⁷³ . V. la Décision des chefs d'état et de gouvernement réunis au sein du conseil européen concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité sur l'union européenne (Annexe 1 des Conclusions du Conseil européen d'Edimbourg du 11 et 12 décembre 1993), Section III, ainsi que la Déclaration du Conseil européen sur la défense régissant le remplacement du Danemark dans l'exercice de la présidence dans ce domaine (Annexe 2 des Conclusions). *Comp.* avec la déclaration de l'Irlande, lors des Conclusions du Conseil européen de Séville du 21 et 22 juin 2002, suite au premier référendum négatif du traité de Nice, qui rappelle sa politique de neutralité, et que « l'Irlande n'est liée par aucun engagement en matière de défense mutuelle et ne participe à aucun projet visant à mettre en place une armée européenne ».

³⁷⁴ . M. Westlake et D. Galloway relèvent toutefois que le Danemark est présent à la table du Conseil, sans toutefois pouvoir intervenir, (*The Council of the European Union*, Third Edition, John Harper Publishing, London, 2004, p. 164), encore qu'une certaine marge de tolérance soit apparemment acceptée dans la pratique (source informelle du Secrétariat général du Conseil). D'autre part, Chypre et Malte seraient exclus des discussions du Conseil lorsqu'il traite d'informations classifiées de l'OTAN car ces deux États membres n'auraient pas conclu de « security agreement » avec l'OTAN (M. Westlake, D. Galloway, précité, 2004, pp. 160 et 165).

³⁷⁵ . Article 6 du protocole.

³⁷⁶ . Ce ne semble revanche pas être le cas de la Décision 2004/803/PESC du Conseil du 25 novembre 2004 concernant le lancement de l'opération militaire de l'Union européenne en Bosnie-Herzégovine « ALTHEA », *J.O. L 353* du 27/11/2004, p.21, qui ne donne aucune indication à ce sujet.

formellement que le Danemark n'a pas pris part au vote, ou à leur « adoption »³⁷⁷. Mais peut-être cela découle-t-il implicitement qu'il n'a pas participé à leur « élaboration ». Parfois recourt-on à ce que nous identifierons plus loin comme de la différenciation « matérielle », en indiquant par exemple qu'il faut entendre par « États membres », en lisant la décision, tous ceux-ci à l'exception du Danemark³⁷⁸ ; parfois encore précise-t-on que le Danemark ne prendra part à aucune décision du Comité des contributeurs mis en place pour mener une opération militaire³⁷⁹.

On retrouve ainsi la marque institutionnelle du mécanisme de la coopération renforcée, si ce n'est que la « coopération plus étroite » en question (pour reprendre la terminologie de l'article 6 du protocole « danois ») n'est soumise à aucune condition, ne doit pas être autorisée, et que son objet est prédéfini. Il s'agit, autrement dit, d'une coopération renforcée « prédéterminée », concept sur lequel nous reviendrons dans la partie finale de notre étude, sans toutefois que ne soit prévue une procédure de participation ultérieure (si ce n'est la révision du protocole). Il s'agit aussi d'un premier exemple de coopération renforcée fonctionnant dans la pratique, même si seul un État membre n'y participe pas. Nous examinerons les tenants et aboutissants de la pratique des coopérations renforcées dans un autre cadre, celui de l'espace de liberté, sécurité et justice (v. Titre III).

³⁷⁷ . Action commune 2005/557/PESC du Conseil du 18 juillet 2005 concernant l'action de soutien civilo-militaire de l'Union européenne à la mission de l'Union africaine dans la région soudanaise du Darfour (« AMIS UE »), *J.O.* n° L 188 du 20/07/2005, p. 46 ; 2004/821/PESC: Décision BiH/4/2004 du Comité politique et de sécurité du 19 octobre 2004 relative à la nomination du chef de l'élément de commandement de l'Union européenne à Naples, dans le cadre de l'opération militaire de l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine, *J.O.* n° L 357 du 02/12/2004, p. 38 ; 2004/197/PESC: Décision 2004/197/PESC du Conseil du 23 février 2004 créant un mécanisme de gestion du financement des coûts communs des opérations de l'Union européenne ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense, n° L 063 du 28/02/2004, p.68 ; 2003/529/PESC: Décision RDC/2/2003 du comité politique et de sécurité du 11 juillet 2003 relative à l'établissement du comité des contributeurs pour l'opération militaire de l'Union européenne en République démocratique du Congo, *J.O.* n° L 184 du 23/07/2003, p. 13 ; 2003/432/PESC: Décision 2003/432/PESC du Conseil du 12 juin 2003 concernant le lancement de l'opération militaire de l'Union européenne en République démocratique du Congo, n° L 147 du 14/06/2003, p. 42 ; Décision FYROM/1/2003 du comité politique et de sécurité du 18 février 2003 établissant le comité des contributeurs pour l'opération militaire de l'Union européenne dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine, *J.O.* n° C 062 du 15/03/2003, p. 1.

³⁷⁸ . 2004/197/PESC: Décision 2004/197/PESC du Conseil du 23 février 2004 créant un mécanisme de gestion du financement des coûts communs des opérations de l'Union européenne ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense, n° L 063 du 28/02/2004, p.68.

³⁷⁹ . V. par exemple la Décision BiH/3/2004 du Comité politique et de sécurité(2004/739/PESC) du 29 septembre 2004 établissant le Comité des contributeurs pour l'opération militaire de l'Union européenne en Bosnie-Herzégovine, *J.O.* n° L 325 du 28/10/2004, p. 64.

Tel est, brossé brièvement, l'état des lieux en matière de sécurité et défense au moment des travaux de la Convention et de la CIG qui s'ensuivit ³⁸⁰. Le traité constitutionnel qui en résulte a créé un nouveau concept, celui de *coopération structurée permanente* ainsi que diverses nouvelles formes de flexibilité que nous examinerons ci-après.

II. Diverses formes de coopération différenciée dans la Constitution européenne

Dans la Constitution européenne, la politique de sécurité et de défense commune (PSDC) remplace l'ancien concept de politique européenne de sécurité et de défense (PESD) ³⁸¹. Elle est considérée comme « partie intégrante de la politique étrangère et de sécurité commune » (PESC) ³⁸². La PSDC « inclut la définition progressive d'une politique de défense commune », et « conduira à une défense commune » le jour où le Conseil européen adoptera une décision en ce sens, approuvée dans tous les États membres. La politique de l'Union doit rester compatible avec celle menée dans le cadre de l'OTAN, et elle n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de certains États membres (à savoir les « neutres »), ce qui constitue une première marque de flexibilité dans ce domaine.

La PSDC est censée assurer une capacité opérationnelle à l'Union pour pouvoir mener en dehors du territoire de l'Union un certain nombre de missions dites de « Petersberg », lesquelles ont d'ailleurs été élargies dans la Constitution (maintien et rétablissement de la paix, missions humanitaires, etc.)³⁸³. La portée, les objectifs et les modalités de mise en œuvre de ces missions sont décidés par le Conseil, statuant à l'unanimité.

³⁸⁰ . Sur ce sujet, v. aussi E. Remacle, « Vers des coopérations renforcées dans la politique européenne de sécurité et de défense », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, Vol. II, p. 155.

³⁸¹ . Pour un compte rendu détaillé du processus constitutionnel en matière de défense, v. Ph. de Schoutheete, *La cohérence par la défense – une autre lecture de la PESD*, Cahiers de Chaillot n° 71, octobre 2004, en particulier pp. 21 à 51.

³⁸² . V. sur cette politique les articles I – 41 et III – 309 à 312 de la Constitution.

³⁸³ . Article I – 41, § 1 et III – 309 de la Constitution.

Les États membres sont ainsi invités à mettre à disposition de l'Union des capacités civiles et militaires. Les forces multinationales qui intègrent certains États membres de l'Union peuvent en faire de même, ce qui revient à reconnaître formellement la légitimité de ces coopérations plus étroites en dehors de l'Union ³⁸⁴, tout en incitant un rapprochement avec celle-ci ³⁸⁵.

D'autre part, la Constitution institue une Agence européenne de l'armement, de la recherche et des capacités militaires. Bien qu'instituée par la Constitution, tous les États membres ne seraient pas obligés d'y participer : l'Agence serait ouverte à ceux qui le souhaitent. La décision fixant les statuts et modalités de fonctionnement devrait néanmoins être adoptée par le Conseil statuant à la majorité qualifiée dans sa formation pleine. Il est toutefois spécifié que le contenu de cette décision est censé tenir compte du « degré de participation effective » de chaque État membre ³⁸⁶.

Sans attendre l'entrée en vigueur de la Constitution, l'Agence européenne de la défense a été créée entre-temps par une action commune adoptée le 12 juillet 2004 sur base du TUE ³⁸⁷, en multipliant les formes de flexibilité (dont certaines sont comparables avec le nouveau mécanisme de change en matière monétaire ³⁸⁸, ou encore avec la coopération renforcée « Schengen intégré » ³⁸⁹). L'agence est ouverte à tous les États membres liés par l'action commune, à savoir tous les États membres à l'exception du Danemark. En effet, conformément à l'article 6 du protocole sur la position du Danemark, cet État membre n'a pas pris part à son élaboration et « n'est pas tenu d'y participer » ³⁹⁰. La participation « effective » aux travaux de cette agence ne dépend donc que de la simple volonté des autres États membres par une notification au Conseil en ce sens au moment de l'adoption de l'action commune et en informant le Haut représentant pour la PESC. La participation ultérieure ou le retrait de cette participation s'opère de la même façon ³⁹¹, tandis que le comité directeur

³⁸⁴ . Bien que l'article 17, § 4 du TUE n'ait pas été repris, v. *supra*.

³⁸⁵ . Article I – 41, § 3 de la Constitution.

³⁸⁶ . Articles I – 41, § 3 et III – 311 de la Constitution.

³⁸⁷ . Action commune 2004/551/PESC, *J.O. L 245/17* du 17 juillet 2004.

³⁸⁸ . Sur le MTC 2, v. la deuxième Partie de cette étude, Chapitre 24.

³⁸⁹ . Sur ce sujet, v. le Titre III de la Première Partie.

³⁹⁰ . V. le paragraphe 21 du préambule de l'action commune précitée.

³⁹¹ . Articles 1, §§ 3 et 4 de l'action commune précitée.

arrête les modalités techniques ou financières de cette participation ou de ce retrait. Est également prévue la possibilité de créer des groupes spécifiques d'États membres pour des projets ou programmes *ad hoc*³⁹², d'où la notion « d'État contributeur », à côté de celle d'« État participant »³⁹³.

En procédant de la sorte, on est parvenu à introduire une dose de flexibilité qui rend obsolète les projets d'aucuns, durant la Convention européenne, de créer un jour cette agence par le biais d'une coopération renforcée.

La réalisation d'une mission en dehors du territoire de l'Union peut être confiée à un groupe d'États membres qui le souhaitent et disposent des capacités nécessaires³⁹⁴. Il s'agit là d'une autre forme de flexibilité qui ne va pas sans rappeler l'esprit du traité de Nice en ce qui concerne les coopérations renforcées conduites dans le cadre de la PESC pour mettre en œuvre une action ou une position commune, formule que la Constitution n'a d'ailleurs pas retenue (v. *supra*, Titre I). Au regard du mécanisme de la coopération renforcée, les modalités du fonctionnement de ce groupe ne sont pas très détaillées. Il est seulement prévu que les États membres réunis au sein du groupe conviennent entre eux de la gestion de la mission, en association avec le ministre des affaires étrangères de l'Union. Ils sont tenus d'informer régulièrement les autres États membres par le biais du Conseil des ministres, de leur propre initiative ou à la demande d'un de ces autres États membres. Le Conseil des ministres doit également être immédiatement saisi en cas de changement significatif de la situation afin que celui-ci puisse redéfinir, le cas échéant, les objectifs, la portée ou les modalités de la mission en question. D'une manière générale, la Constitution précise cependant que c'est « dans le cadre de l'Union » que sont réalisées ces missions, donc sans doute en son nom, afin de préserver ses valeurs et servir ses intérêts³⁹⁵, mais il est difficile d'apprécier la portée de cette affirmation, à commencer par le rôle du Comité politique et de sécurité, par exemple.

³⁹² . Paragraphe 17 du préambule de l'action commune précitée.

³⁹³ . Article 3 de l'action commune précitée.

³⁹⁴ . Articles I – 41, § 5 et III – 310 de la Constitution. Une telle formule avait déjà été envisagée lors de la négociations menant au traité d'Amsterdam, SN/600/97 du 30 mai 1997, projet d'article J.4.8 du TUE.

L'innovation la plus remarquable réside toutefois dans la possibilité, voire dans le projet, pour certains États membres d'établir, à nouveau « dans le cadre de l'Union », une coopération structurée, qualifiée de « permanente » lors de la CIG. Compte tenu des similarités avec les coopérations renforcées et de l'évolution de ce concept au cours du processus constitutionnel, nous y consacrerons notre prochaine section.

Auparavant, il convient encore de mentionner une des propositions les plus audacieuses du projet de Constitution issu de la Convention, à savoir l'instauration d'une « coopération plus étroite » en matière de défense mutuelle en cas d'agression armée sur le territoire d'un des participants à cette coopération ³⁹⁶. Celle-ci était conçue comme provisoire, dans l'attente d'une décision du Conseil européen consacrant la défense commune. Une liste des participants à cette coopération aurait figuré dans une déclaration annexée à l'acte final du traité constitutionnel, à laquelle tout autre État membre aurait été libre de souscrire ultérieurement. Bien qu'instaurée formellement dans le cadre de l'Union, le Conseil des ministres n'est pas mentionné comme jouant un rôle en tant que tel : les États membres participants se seraient réunis en cas de besoin, au niveau ministériel, avec l'assistance toutefois de leur représentant au sein du Comité politique et de sécurité et du Comité militaire. Cette tentative d'intégrer la clause de défense mutuelle du traité UEO (article 5) a finalement été rejetée par la Conférence intergouvernementale. Plus précisément, elle a été reprise à l'intention de tous les États membres, sans différenciation, et de façon très édulcorée : le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense est réitéré à cet endroit, ainsi que le caractère prédominant de l'OTAN pour ceux qui en font partie ³⁹⁷.

Toutes ces formes de flexibilité apparaissent d'emblée dans le premier projet d'articles soumis à la Convention ³⁹⁸. Seuls quelques changements, qui n'affectent pas l'approche d'ensemble, seront effectués dans la version du projet constitutionnel

³⁹⁵ . Article I – 41, § 5.

³⁹⁶ . Articles 40, § 7 III – 214 du projet de traité, dans le document final de la Convention, CONV 850/03 précité.

³⁹⁷ . Article I – 41, § 7 de la Constitution. La clause de solidarité (Article I – 43) avait été conçue au départ comme une sorte de substitut à la clause de défense mutuelle dans le cadre de l'Union.

³⁹⁸ . CONV 685/03, du 23 mai 2003, notamment sur base du rapport final du groupe de travail sur la défense (CONV 461/03, du 16 décembre 2002) .

soumise le 20 juin 2003 au Conseil européen de Thessalonique ³⁹⁹. Le projet de coopération structurée continuera de faire l'objet de vives oppositions ⁴⁰⁰, de sorte que la version finale soumise au Conseil européen de Rome du 18 juillet 2003 tentera de faire un rapprochement avec le mécanisme de la coopération renforcée, jugé plus « inclusif » et comme offrant davantage de garanties aux non participants. Dans la version finale du texte de la Convention ⁴⁰¹, les articles III – 205 à 209 deviennent III – 210 à 214.

Les textes issus de la Convention ont été profondément revus par la CIG, ou plus précisément en marge de celle-ci ⁴⁰², principalement à propos de la coopération structurée et de la clause de défense mutuelle. Mais ils firent l'objet d'un large consensus au moment de l'échec du Conseil européen de Bruxelles de décembre 2003 ⁴⁰³, de sorte que les textes ne changeront pratiquement plus dans la version finale du traité soumis à la signature des États membres. Ceux-ci figurent aux articles I – 41 et III – 309 à 312 de la Constitution.

III. La coopération structurée permanente

L'idée d'une coopération plus étroite, dite « structurée », entre certains États membres dans le domaine de la défense pour conduire des missions en dehors du territoire de

³⁹⁹ . Article I – 40 (CONV 820/3 du 20 juin 2003), et Articles III – 205 à III – 209 (CONV 802/03 du 12 juin 2003). Pour l'article I – 40, *comp.* avec le CONV 724/03 du 28 mai 2003 (non modifié par le REV 1) qui indique les changements par rapport au CONV 685/03 précité. Cet article ne sera pratiquement plus modifié jusqu'à la version finale du CONV 850/03, nonobstant les propositions d'amendements (fiche d'analyse, CONV 779/03 du 4 juin 2004). Quant aux articles de la troisième partie, *comp.* avec le CONV 727/03 du 27 mai 2003, qui indique les changements par rapport au CONV 685/03 précité, et dont les textes sont repris tels quels dans la première version consolidée de la troisième partie, CONV 725/03. La modification la plus notable du projet initial consiste à prévoir un protocole, et non plus une déclaration, pour identifier les participants à la « coopération structurée » (art. III – 208), *v. infra*.

⁴⁰⁰ . *V.* notamment la fiche d'analyse des propositions d'amendements des articles de la troisième partie, CONV 791/03 précité, pp. 2 et 33, ainsi que CONV 821/03 du 27 juin et COR 1 du 2 juillet, en particulier pp. 9 et s. (sur base du document CONV 802/03).

⁴⁰¹ . CONV 850/03. L'article I – 40 reste I – 40.

⁴⁰² . Les chefs des gouvernements britannique, français et allemand se sont réunis à Berlin au mois de septembre et se sont mis d'accord sur un compromis qui sera présenté par la présidence italienne à la CIG lors du conclave ministériel de Naples des 28 et 29 novembre 2003 (CIG 52/03 ADD 1 du 25 novembre 2003, annexe 17 - *v.* Ph. de Schoutheete, précité, octobre 2004, en particulier pp. 46 et 47) et peu après, notamment le projet de protocole sur la coopération structurée permanente (CIG 57/03 du 2 décembre et CIG 57/1/03 du 5 décembre).

⁴⁰³ . CIG 60/03 ADD 1, annexe 22, pp. 31 et s.

l'Union est née dans le groupe de travail de la Convention sur la Défense ⁴⁰⁴. Le principe, inscrit dans la première partie de la Constitution, restera acquis jusqu'à la fin de la Conférence intergouvernementale : cette coopération serait réservée aux « *États membres qui remplissent des critères plus élevés de capacités militaires et qui ont souscrit des engagements plus contraignants en la matière en vue des missions les plus exigeantes* ». La CIG qualifiera cette coopération structurée de « permanente » et procédera à quelques changements significatifs à l'endroit des modalités figurant dans la partie III de la Constitution.

A. La coopération « structurée » dans le projet issu de la Convention européenne

Tandis que les modalités de la coopération structurée en matière de défense ont aussi connu plusieurs développements durant les travaux de la Convention, son apparentement aux coopérations renforcées n'a pas échappé aux conventionnels. Outre le fait que le débat sur ce mécanisme général a démarré plus tard, l'intention était toutefois de produire un mécanisme *ad hoc*, s'inspirant davantage des modèles de zone euro ou de l'espace Schengen, sans devoir se soucier par ailleurs de ce qu'allait devenir le mécanisme général en question. Il reste qu'un rapprochement entre les deux systèmes s'est avéré inévitable à la fin des travaux de la Convention.

La philosophie du premier projet de texte soumis à la Convention était la moins inclusive, au fondement et statut constitutionnel incertain ⁴⁰⁵. Le principe de la coopération structurée aurait été inscrit dans la Constitution, tandis qu'une déclaration annexée à celle-ci aurait indiqué l'identité des participants ainsi que les critères et engagements en matière de capacités militaires. Le commentaire accompagnant ce projet semblait indiquer que la négociation de ces critères (et donc des participants initiaux) aurait eu lieu dans le cadre de la CIG, mais entre certains États membres qui seraient en quelque sorte pré-qualifiés sur base des mêmes critères ou engagements, et non entre tous les États membres désireux d'y prendre part, ni, plus simplement, tous les

⁴⁰⁴ . CONV 461/02, précité, point n°54.

⁴⁰⁵ . CONV 685/03 du 23 avril 2003, pp. 17 et 46.

États membres sans distinction. Nul ne saura jamais à cet égard s'il s'agissait d'une déclaration des seuls États membres participants, ou de la CIG dans son ensemble.

Une fois la coopération structurée établie, seuls les participants auraient pris part à l'adoption des décisions en cercle restreint lorsqu'ils agissent dans le cadre de la coopération structurée, tandis que les autres États membres, absents de la table des délibérations, auraient été dûment informés par le Ministre des affaires étrangères ; celui-ci aurait donc été présent à toutes les délibérations du groupe constitutif de la coopération structurée.

Bien que théoriquement établie « dans le cadre de l'Union », et nonobstant le rôle du ministre des affaires étrangères et la possibilité de recourir aux structures subordonnées du Conseil, à savoir le COPS et le Comité militaire (mais pas le Conseil lui-même en tant que tel, apparemment), les missions de la coopération structurée n'auraient pas été considérées comme des opérations de l'Union, toujours selon le commentaire du texte. Elles ne l'auraient été que lorsque le Conseil dans son ensemble lui aurait confié une mission.

Un « Conseil de la coopération structurée », non autrement défini, aurait statué sur la demande de participation d'un autre État membre dont le Conseil européen aurait été préalablement informé.

La version suivante du projet ⁴⁰⁶, qui sera également celle en cours au moment du Conseil européen de Thessalonique du 20 juin 2003 ⁴⁰⁷, allait répondre à la critique principale en remplaçant la déclaration par un protocole annexé à la Constitution. Cette solution impliquait que la négociation des critères de participation et la détermination des premiers participants censés les respecter auraient dû faire l'objet d'un accord entre tous les États membres. En outre, la procédure relative à la participation ultérieure se rapprochait de celle prévue pour les coopérations renforcées : seuls les participants votent, en principe à l'unanimité (règle par défaut), mais le Conseil dans son ensemble en délibère. De même, c'est le Conseil en tant que

⁴⁰⁶ . V. article III – 208, CONV 727/03 du 27 mai 2003 (commentaire p. 53). Cet article est repris tel quel dans le CONV 725/03 du 27 mai 2003.

tel qui est désigné pour mettre en œuvre la coopération structurée, mais toujours sans la participation aux délibérations des non-participants.

Bien que le mandat de la Convention fut limité, au cours des dernières semaines de ses travaux, aux modifications techniques de la troisième partie de la Constitution, un nouveau changement s'est avéré nécessaire pour générer un ultime compromis, compte tenu de la vive critique dont faisait encore l'objet le concept de coopération structurée jugé trop « exclusif ». Ainsi, le régime général des coopérations renforcées, du moins « les dispositions appropriées », était rendu applicable à la coopération structurée, sans faire obstacle au régime spécifique de la coopération structurée prévu à l'article III – 208 de la Constitution ⁴⁰⁸. La portée de cette nouvelle disposition était quelque peu incertaine, mais à première vue relativement symbolique dès lors que le régime dérogatoire propre à la coopération structurée était préservé, à commencer par son fondement immédiat dans un protocole annexé à la Constitution. A la réflexion, elle pouvait néanmoins s'avérer utile pour préciser un certain nombre d'éléments, comme la définition du vote à l'unanimité au sein de la coopération structurée, le champ d'application des actes adoptés au sein de celle-ci, ou encore les modalités de financement. De même, certaines dispositions générales relatives aux coopérations renforcées étaient de nature à rassurer certaines craintes, comme le principe général d'ouverture, ou le respect de la Constitution et de l'acquis de l'Union. En revanche, les conditions préalables au déclenchement des coopérations renforcées telles que celle du dernier ressort et celle du seuil minimal de participation, n'auraient pas dû s'appliquer car l'existence de la coopération structurée était réputée acquise de par la Constitution elle-même.

En ce qui concerne le statut des opérations de la coopération structurée et son rattachement à l'Union, le texte final de la Convention n'y faisait plus allusion, de

⁴⁰⁷ . CONV 802/03 du 12 juin 2003.

⁴⁰⁸ . CONV 847/03 du 8 juillet 2003 (article 208, § 5). Du même coup, le projet d'article III – 318 a été supprimé. Celui-ci prévoyait que les dispositions sur les coopérations renforcées ne s'appliquaient pas aux formes de coopération prévues dans le domaine de la défense (v. CONV 725/03 précité, CONV 802/03 précité, CONV 836/03 du 27 juin 2003). Il est vrai que cette disposition n'était pas vraiment utile dès lors que le caractère autonome et dérogatoire de ces différentes formes de coopération allait de soi. Elle aurait toutefois pu empêcher la mise sur pied d'une coopération renforcée, par exemple pour créer l'agence d'armement.

sorte qu'il demeurerait incertain, à moins que sur ce point aussi, on se serait référé, *mutatis mutandis*, au régime général des coopérations renforcées.

B. La coopération « structurée permanente » dans la Constitution

Le régime de la coopération structurée permanente figure à l'article I – 40, § 6 et à l'article III – 312 de la Constitution. Une des modifications les plus marquantes effectuées par la CIG réside dans la suppression d'un des derniers compromis de la Convention consistant à rendre les dispositions appropriées relatives aux coopérations renforcées applicables à la coopération structurée, avec le risque de laisser sans réponse un certain nombre de questions. D'autres changements semblent également s'éloigner davantage du régime général des coopérations renforcées, tandis que plusieurs paraissent au contraire s'en rapprocher.

1. Objet de la coopération structurée permanente

La coopération structurée permanente est réservée aux « États membres qui remplissent des critères plus élevés de capacités militaires et qui ont souscrit des engagements plus contraignants en la matière en vue des missions les plus exigeantes »⁴⁰⁹. L'objet de la coopération structurée permanente consiste donc à assumer « *des missions les plus exigeantes* »⁴¹⁰, du même type que celles définies pour l'Union dans son ensemble⁴¹¹.

Par rapport au texte issu de la Convention⁴¹², la Constitution ajoute que la coopération structurée permanente « *n'affecte pas les dispositions de l'article III – 309* ». La portée de cet ajout n'est guère évidente. L'article III – 309 se borne en effet à définir les missions susceptibles d'être menées par l'Union dans son ensemble et détermine la procédure à suivre pour définir et gérer ces missions.

⁴⁰⁹ Article I – 41, § 6 de la Constitution.

⁴¹⁰ . Article I – 41, § 6 de la Constitution.

⁴¹¹ Fût-ce dans un cadre international plus large tel que celui de l'ONU, v. le préambule du protocole sur la coopération structurée permanente

⁴¹² . Article 40, § 6, CONV 850/03 précité.

C'est donc le même type de missions, à savoir les missions dites « Petersberg », fussent-elles plus exigeantes, qui pourraient être menées dans le cadre de la coopération structurée permanente ⁴¹³. L'objet de la coopération structurée permanente est ainsi défini de façon relativement générale dans la Constitution, et il doit être précisé à l'unanimité au cas par cas par le Conseil « restreint » agissant au sein de la coopération structurée (v. *infra*). Par contraste, c'est la décision d'autorisation initiale, adoptée à l'unanimité de tous les États membres dans le domaine de la PSDC, qui est censé préciser l'objet de la coopération renforcée (tandis que celui-ci devrait ensuite être « mis en œuvre », plutôt que « précisé » par le Conseil restreint de la coopération renforcée).

On notera par ailleurs que la disposition permettant à l'Union de confier une mission à la coopération structurée n'a pas été préservée dans la version finale. Elle a sans doute été jugée redondante avec la possibilité de confier une mission à un groupe d'États membres (v. *supra*).

2. *Conditions de participation et formation de la coopération structurée permanente*

La modification principale apportée par la CIG concerne le fondement constitutionnel de la coopération structurée permanente, autrement dit son mode de formation.

Les critères à remplir et les engagements à souscrire en matière de capacités militaires figurent bien dans un protocole annexé à la Constitution ⁴¹⁴, comme prévu dans le projet de la Convention. Les conditions de participation à la coopération structurée sont donc établies de façon consensuelle dans la Constitution. En comparaison, les coopérations renforcées sont susceptibles de fixer ce type de condition dans une décision du Conseil concomitante à l'autorisation initiale, laquelle devrait être adoptée à l'unanimité dans ce domaine.

⁴¹³ . Fût-ce dans un cadre international plus large tel que celui de l'ONU, v. le préambule du protocole sur la coopération structurée permanente établie par les articles I – 41, paragraphe 6, et III – 312 de la Constitution.

⁴¹⁴ . Protocole sur la coopération structurée permanente, précité.

En revanche, c'est le Conseil, et non plus le protocole lui-même, qui devra dans un second temps « établir » la coopération structurée et fixer la liste des participants. Il devra se prononcer au plus tard endéans les trois mois suivant la notification par les intéressés de leur souhait au Conseil et au ministre des affaires étrangères. Le Conseil statue à la majorité qualifiée, après consultation du ministre. Ce changement de perspective a pour objectif de faciliter la mise sur pied effective de la coopération structurée permanente, d'une part en reportant à plus tard l'évaluation du respect des conditions de participation, d'autre part en prévoyant un vote majoritaire (plutôt qu'une unanimité en CIG). Sur ce point, le rapprochement avec la procédure de déclenchement des coopérations renforcées est manifeste, avec la différence toutefois qu'en l'occurrence, dans le domaine la défense, ces dernières ne peuvent être autorisées qu'à l'unanimité du Conseil.

S'agissant de la phase initiale de création, la coopération structurée continue pourtant de se distinguer des coopérations renforcées sur plusieurs points. Ainsi, aucun seuil de participation minimale n'est fixé ni de condition analogue à celle du dernier ressort, ce qui, d'une certaine façon, rend la coopération structurée permanente moins « inclusive » que les coopérations renforcées. Elle ne doit pas être « autorisée », mais « établie ». De la sorte, le caractère programmatique de la coopération structurée est davantage marqué qu'une coopération renforcée, même s'il est vrai que les missions concrètes devront encore être définies au cas par cas par le Conseil.

Une fois créée, la coopération structurée existe de façon « permanente », ainsi que l'a qualifiée la CIG. Elle n'est donc pas établie au cas par cas, pour chaque mission, mais bien d'une manière générale et indépendamment des missions à venir. Bien que permanente, la composition initiale est susceptible d'évoluer, et rien n'exclut qu'un jour, tous les États membres y participent (v. *infra* la procédure prévue à cet égard). Par comparaison, les coopérations renforcées ne revêtent pas nécessairement moins ce caractère de permanence, même si la participation du plus grand nombre y est expressément encouragée (v. *supra*), et pourvu qu'elles agissent dans le cadre des objectifs et du champ d'application définis dans la décision initiale d'autorisation.

3. *Fonctionnement de la coopération structurée permanente*

Concernant le fonctionnement de la coopération structurée, le Conseil peut adopter non seulement des décisions européennes, mais aussi des recommandations, en statuant à l'unanimité (ce qui était sans doute déjà implicite dans le projet de la Convention). L'unanimité est constituée par les voix des seuls représentants des États membres participants. Mais on ne retrouve plus l'exclusion expresse des non participants aux délibérations, comme c'était le cas dans le projet issu de la Convention ⁴¹⁵. On pourrait en conclure que les représentants de tous les États membres sont admis aux délibérations, comme au sein des coopérations renforcées. Mais s'agissant de ces dernières, il est expressément prévu que tous les membres du Conseil peuvent participer aux délibérations ⁴¹⁶, ce qui pourrait constituer un argument *a contrario* en ce qui concerne la coopération structurée permanente. Cette dernière interprétation correspond sans doute davantage à l'intention des auteurs du texte et des promoteurs d'un club plus « fermé » pour en accroître l'efficacité. L'ambiguïté créée sur ce point a certainement contribué au recueil du consensus en la matière...

De même, la participation du ministre des affaires étrangères aux délibérations n'est plus expressément prévue, comme c'était le cas dans le projet de la Convention. Certes, si la présidence du Conseil des affaires étrangères par le ministre des affaires étrangères ne connaît pas d'exception à cet endroit ⁴¹⁷, sa participation aux délibérations devrait *a fortiori* être assurée ⁴¹⁸. Il reste que l'information régulière des non participants relative au développement de la coopération structurée, prévue dans le projet de la Convention, ne figure plus dans la Constitution. Cette omission pourrait accréditer davantage l'idée d'un club plus fermé. Nul doute cependant qu'elle devrait au contraire attiser les tenants d'une interprétation favorisant la participation, ou du moins la présence, de tous les États membres aux délibérations de la coopération structurée.

⁴¹⁵ . Article III – 213, § 3, CONV 850/03 précité.

⁴¹⁶ . Article I – 44, § 3 de la Constitution.

⁴¹⁷ . Article I – 28, § 3 de la Constitution.

⁴¹⁸ . V. aussi en ce sens l'avant-dernier considérant du préambule au protocole sur la coopération structurée permanente précité, qui rappelle « l'importance que le ministre des affaires étrangères soit pleinement associé aux travaux de la coopération structurée permanente ».

En ce qui concerne la définition du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil « restreint » agissant dans le cadre de la coopération structurée, elle est adaptée de la même façon que pour le Conseil « restreint » d'une coopération renforcée (v. *supra*). Lorsqu'il s'agit d'une procédure d'exclusion, l'État membre mis sur la sellette ne participe pas non plus au vote et ne rentre dès lors pas dans le calcul de la majorité qualifiée.

4. *Procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres*

Il semble que la procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres qui en font la demande se soit également inspirée du mécanisme de la coopération renforcée : le Conseil *confirme* la participation de ceux qui respectent les critères et souscrivent aux engagements en matière de capacités militaires, après consultation du ministre des affaires étrangères ⁴¹⁹. Le Conseil statue à la majorité qualifiée des États participants, et non l'unanimité, comme prévu dans le texte de la Convention, ou encore comme prévu pour les coopérations renforcées en matière de PESC. La question de la participation aux délibérations des autres États membres concernant la décision en question n'est à nouveau pas abordée. A l'instar du projet issu de la Convention, il est prévu une délibération au sein du Conseil des ministres sans autre restriction (mais sans non plus l'indication expresse de la participation aux délibérations à l'instar du régime des coopérations renforcées).

En revanche, contrairement au mécanisme de la coopération renforcée, la participation à la coopération structurée permanente n'est jamais définitive. Il s'agit là d'une innovation remarquable due à la Conférence intergouvernementale. Ainsi, un participant peut voir sa participation à la coopération structurée suspendue dans le cas où celui-ci ne remplirait plus les critères ou ne pourrait plus assumer les engagements en matière de capacités militaires. Le Conseil statue à cet égard à la majorité qualifiée dans sa formation « réduite » aux participants (sans y inclure l'État membre mis sur la sellette), et avec un nouveau point d'interrogation en ce qui concerne la participation

⁴¹⁹ . Article III – 312, § 3 de la Constitution. *Comp.* article III – 420, § 2 de la Constitution.

aux délibérations de tous les États membres. Inversement, tout État membre est libre de la quitter selon sa seule volonté et sans justification préalable.

5. *Contrôle juridictionnel*

Relevant des dispositions exclues du contrôle juridictionnel ⁴²⁰, aucun acte relatif à la coopération structurée ne pourrait être contesté devant la Cour de justice, en ce compris la décision initiale du Conseil et celle concernant la participation ultérieure, au contraire d'une éventuelle coopération renforcée dans le domaine de la PESC, en ce compris la PSDC (*v. supra*).

6. *Statut des opérations conduites au sein de la coopération structurée permanente*

Les opérations conduites au sein de la coopération structurée permanente sont elles des opérations de l'Union, conduite en son nom et pour son compte ? La réponse demeure incertaine. L'argument principal en faveur d'une réponse positive réside dans le fait que c'est le Conseil en tant que tel qui gère une mission de *Petersberg* prévue par la Constitution. Un argument contraire serait que la coopération structurée est exclusivement habilitée, de façon permanente, à gérer les missions les plus exigeantes, et que les non participants seraient, si telle est l'interprétation retenue, exclus des délibérations du Conseil. Ou encore que les dispositions sur la coopération structurée sont exclues de tout contrôle juridictionnel communautaire.

IV. Comparaison de la coopération structurée permanente avec le mécanisme de la coopération renforcée dans le domaine de la PESC

A. Comparaison du dispositif de la Constitution avec le projet de la Convention européenne du point de vue de leur caractère « inclusif »

Le projet de coopération structurée permanente concocté par la Convention européenne a survécu à la CIG, quoique modifié sur de nombreux points. Le concept

⁴²⁰ . Article III – 376 de la Constitution.

avait fait l'objet de fortes réticences de la part de nombreux conventionnels. Certains, privilégiant le lien transatlantique, s'opposaient à toute action spécifique de l'Union en la matière, fût-ce dans un groupe restreint, tandis que d'autres récusaient le caractère trop « exclusif » de la coopération structurée permanente, notamment au regard du mécanisme de la coopération renforcée. C'est précisément en rendant applicable de façon résiduelle le régime des coopérations renforcées pour les questions non réglées par le dispositif de la coopération structurée que le consensus avait pu être obtenu.

Bien que la version finale de la Constitution soit revenue sur ce dernier compromis de la Convention, il n'est guère aisé de répondre à la question de savoir si le dispositif sur la coopération structurée permanente, dans la Constitution, s'éloigne davantage ou non de la philosophie « inclusive » sous-jacente aux coopérations renforcées, que dispositif prévu dans le projet de la Convention européenne.

Sur deux points, on peut observer un certain rapprochement du dispositif constitutionnel de la coopération structurée à celui de la coopération renforcée. Tout d'abord, c'est une décision ultérieure du Conseil, et non plus le protocole relatif aux conditions de participation, qui établit de façon concrète la coopération structurée et qui en détermine les participants. Cette décision sera même adoptée à la majorité qualifiée, donc plus facilement que l'unanimité requise pour autoriser une coopération renforcée dans le domaine de la PESC. Ensuite, la procédure relative à la participation ultérieure d'un autre État membre à la coopération structurée se fonde sur un présomption favorable au demandeur (le Conseil « confirme ») et prévoit la consultation du ministre des affaires étrangères, comme pour les coopérations renforcées. Lors de cette procédure, le Conseil statue (dans sa formation « réduite ») à la majorité qualifiée, ce qui est plus inclusif que l'unanimité requise dans le cadre d'une coopération renforcée dans ce domaine.

En revanche, un point d'interrogation important subsiste quant à la participation ou non de l'ensemble des États membres aux travaux et aux délibérations du Conseil lorsqu'il agit dans le cadre de la coopération structurée, tant pour la conception et la mise en œuvre des missions que pour statuer sur la participation ultérieure d'un autre États membre ou sur l'exclusion d'un participant. Dans tous les cas, la Constitution

retient la même formule : « Seuls les membres du Conseil représentant les États membres participants prennent part au vote ». La solution retenue par la CIG sur ce point sera donc plus ou moins inclusive que la formule de la Convention (et analogue ou non aux coopérations renforcées) selon l'interprétation que l'on y donnera dans la pratique.

Enfin, il est clair que la possibilité pour un participant de quitter librement la coopération structurée ou de se faire « exclure » pour non respect des critères de participation, constitue une nouveauté intéressante due à la CIG dont on n'a sans doute pas encore mesuré les implications possibles et qui n'a d'ailleurs pas été envisagée pour les coopérations renforcées. La faculté de quitter librement la coopération structurée tend sans doute à encourager une participation maximale dès le départ, ce qui revient à en affaiblir le caractère « exclusif », et donc utile, de la coopération structurée (effet du « cheval de Troie »). Au contraire, la possibilité de suspendre la participation d'un État membre tend à renforcer ce caractère exclusif.

B. Comparaison : synthèse

D'un point de vue juridico-institutionnel, la coopération structurée permanente ressemble en de nombreux points à une coopération renforcée.

Elles ont potentiellement le même objet. Elles sont toutes deux déclenchées par une décision du Conseil (même si la première est ainsi « établie » et la seconde « autorisée »). Cette décision aura également pour effet d'identifier les participants. Les conditions de participation sont fixées préalablement avec l'accord de tous les États membres : dans la Constitution pour la coopération structurée, dans la décision initiale d'autorisation pour une coopération renforcée éventuelle dans ce domaine. D'autre part, rien n'indique que les coopérations renforcées soient nécessairement moins permanentes que la coopération structurée, aucun État membre n'étant *a priori* exclu d'une participation ultérieure. Enfin, l'adaptation du processus de décision au sein du Conseil « restreint » est identique pour les deux types de coopérations (avec une incertitude, toutefois, en ce qui concerne la participation des non participants aux délibérations du Conseil agissant pour la coopération structurée permanente).

La différence principale de la coopération structurée permanente avec une coopération renforcée dans le même domaine réside pour l'essentiel dans la phase de *déclenchement*. Bien que non encore établie, la coopération structurée permanente est programmée ; son projet est « prédéterminé » par la Constitution (à l'instar de la coopération renforcée des États membres qui ont adopté l'euro – v. Partie II). Son établissement n'est soumis ni à une condition du dernier ressort, ni à une masse critique, ni à la définition préalable de son objet (général ou plus spécifique) ⁴²¹, ni à la définition préalables de conditions de participation qui figurent déjà dans la Constitution. Certes, une fois la Constitution en vigueur, les États intéressés devront en faire la demande au Conseil, mais il suffira que celui-ci statue à la majorité qualifiée dans un délai donné (et non à l'unanimité comme ce serait le cas pour autoriser une coopération renforcée dans ce domaine).

Une autre différence éventuelle réside dans *l'ampleur de l'objet* de la coopération structurée, laquelle est établie pour conduire les missions les plus exigeantes en général, alors que l'esprit du mécanisme de la coopération renforcée pourrait impliquer que celle-ci soit créée, en l'occurrence, pour une mission en particulier. A cet égard, c'est éventuellement la définition plus « généralisante » de l'objet de la coopération structurée qui pourrait lui voir reconnaître une plus grande *permanence* que pour une coopération renforcée dont la décision d'autorisation initiale pourrait devoir être plus précise dans le domaine de la PSDC.

Une troisième différence, qui est une innovation sans précédent, réside dans la faculté pour les participants de se retirer, chacun selon sa propre volonté, ou de se faire exclure par le groupe. Une quatrième différence touche à l'immunité juridictionnelle totale de tous les actes relatifs au déclenchement de la coopération structurée ou à la participation ultérieure, ce qui accroît en quelque sorte aussi l'autonomie de la coopération structurée. En ce qui concerne le statut des missions conduites par la coopération structurée permanente, et partant la nature de cette dernière, l'incertitude demeure.

⁴²¹ . L'objet général est défini dans la Constitution, les missions particulières sont arrêtées par la coopération structurée elle-même.

S'il est ainsi avéré que la coopération structurée permanente se distingue des coopérations renforcées sur un certain nombre de points, on peut toutefois se demander s'il était vraiment nécessaire de recourir à un nouveau concept. On peut comprendre la stratégie de départ consistant à délier la réflexion propre à la défense de celle, plus abstraite, sur le mécanisme général des coopérations renforcées. En revanche, *in fine*, dans un souci de simplification propre au processus constitutionnel, n'aurait-on pas pu faire l'économie d'un concept supplémentaire ?

Le compromis de la Convention se référant de façon subsidiaire au régime de la coopération renforcée, tout en reconnaissant le caractère dérogatoire du dispositif relatif à la coopération structurée sur un certain nombre de points, avait préparé le terrain dans le sens de faire une telle économie conceptuelle. L'étape suivante eut été de renommer la « coopération structurée » en « coopération renforcée ».

A cet égard, on observera qu'un précédent existe concernant l'acquis de Schengen. Nous verrons en effet, dans le Titre suivant, que c'est par le biais de coopérations renforcées que cet acquis a été réintégré dans le cadre de l'Union et qu'il est destiné à se développer, nonobstant le caractère particulier et dérogatoire de celles-ci par rapport au mécanisme général ⁴²². Cette particularité s'exprime notamment par le fait que ces coopérations renforcées sont directement créées dans le traité, plutôt que d'être déclenchées par une décision du Conseil, à l'instar de ce que la Convention avait prévu dans un premier temps pour la coopération structurée. On notera à cet égard que la solution finalement retenue par la Constitution de recourir à une décision du Conseil pour établir la coopération structurée justifiait d'autant moins la création d'un nouveau concept.

⁴²² . L'article 43, i), (ancien 40, § 5), du TUE indique à cet égard que le mécanisme général de la coopération renforcée « n'affecte pas les dispositions du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne ». Cette disposition, qui va de soi, n'a pas été reprise dans le dispositif de la Constitution relatif aux coopérations renforcées.

CHAPITRE 10. – LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » ISSUE DU PROTOCOLE SOCIAL DE MAASTRICHT

Si la coopération structurée permanente en matière de défense, telle que programmée dans le traité constitutionnel, représente en quelque sorte le successeur du mécanisme général de la coopération renforcée qui, rappelons le, n'a encore jamais été mis en œuvre à ce jour, le protocole n° 14 sur la politique sociale annexé au TCE par le traité de Maastricht (ci-après, le « protocole social ») peut aisément être considéré comme son ancêtre, voire son précurseur ⁴²³.

Il ressort de ce protocole que les douze États membres d'alors ont accepté d'exempter l'un deux, à savoir le Royaume-Uni, d'un certain nombre d'avancées sociales que les autres désiraient engager entre eux. Ces avancées visaient « à poursuivre dans la voie tracée par la Charte sociale (communautaire) de 1989 » ⁴²⁴, ou encore à « mettre en œuvre » ⁴²⁵ cette Charte que le Royaume-Uni n'avait d'ailleurs pas voulu signer, et qu'il renâclait à mettre en œuvre au niveau communautaire ⁴²⁶. C'était la condition *sine qua non* pour éviter un veto britannique à la Conférence intergouvernementale « sur l'Union politique », notamment concernant l'accroissement nécessaire des pouvoirs de l'Union en cette matière.

La présentation juridique de cette exemption ressemble cependant davantage à la philosophie et même à la terminologie retenue plus tard par le mécanisme des coopérations renforcées ⁴²⁷. Ainsi, les Douze ont-ils convenu, dans ce protocole, « d'autoriser ces onze États membres à faire recours aux institutions, procédures et mécanismes du traité aux fins de prendre entre eux et d'appliquer, dans la mesure où ils sont concernés, les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre de l'accord

⁴²³ . S. Van Raepenbusch et D. Hanf considèrent ce protocole comme le « blueprint » du régime des coopérations renforcées, « Flexibility in Social Policy », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 67.

⁴²⁴ . Préambule de Protocole social.

⁴²⁵ . Préambule de l'Accord social.

⁴²⁶ . Sur le contexte du protocole social et notamment la position du Royaume-Uni, v. P. Watson, « Social Policy after Maastricht », *CMLR*, 1993, p. 483 à 488. V. aussi la Communication de la Commission concernant son « *Action Programme relating to the Implementation of the Community Charter of Basic Social Rights for Workers. COM (89) 568 final, 29 November 1989.* »

⁴²⁷ . *Comp.* article 43TUE.

visé ci-dessus ». L'accord en question, qui est annexé au protocole social, est l' « Accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord » (ci-après l'Accord social). Cette présentation des choses visant à donner l'impression d'une faveur agréée par le Royaume-Uni était une exigence dans son chef, dès lors qu'il ne voulait pas donner l'apparence d'avoir eu à quémander une deuxième exemption, après celle accordée en matière d'UEM ⁴²⁸. L'on sait que le Royaume-Uni a renoncé à ce régime d'exemption quelques années plus tard, notamment par l'intégration du contenu de l'Accord social dans le traité d'Amsterdam.

La différence principale entre cette « coopération renforcée » en matière sociale et les coopérations renforcées au sens du mécanisme général, réside dans le fait que la première est prédéterminée ⁴²⁹. L'on peut d'emblée observer que cette coopération renforcée est directement établie par le traité, les participants y sont désignés, tandis que son objet est défini de façon précise par le contenu de l'accord des Onze. Par comparaison, la coopération structurée permanente n'est pas directement créée par le traité, elle est seulement programmée. Ses participants ne sont pas désignés, tandis que son objet est défini de façon moins précise.

Il reste que le régime issu du protocole social et de l'Accord social y annexé se révèle le précurseur le plus direct du régime de la coopération renforcée. Dans les lignes qui suivent, nous examinerons les différents aspects de cette « coopération renforcée » en matière sociale qui représente aussi la toute première expérience de différenciation constitutionnelle dans la pratique, même si seul un État membre n'en fait pas partie. L'analyse sera donc conduite à la lumière du mécanisme général, voire de la coopération structurée permanente, son successeur.

I. Fonctionnement de la coopération renforcée en matière sociale

⁴²⁸ . F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 24 (v. aussi p. 126); S. Van Raepenbusch, D. Hanf, « Flexibility in Social Policy », précité, 2001, p. 66.

⁴²⁹ . Sur la portée de ce qualificatif, v. l'introduction générale. Nous y reviendrons dans la Partie finale, au Chapitre 27.

La caractéristique principale d'une coopération renforcée est le fonctionnement du Conseil en formation « réduite ». Dans le cadre du protocole social, non seulement le Royaume-Uni ne participait pas à l'adoption, et donc au vote, des décisions du Conseil relevant de l'Accord social ⁴³⁰, mais il ne participait pas non plus aux délibérations du Conseil. C'est du moins ce qui est indiqué dans le protocole social, encore faut-il voir comment cette exclusion s'est concrétisée dans la pratique ⁴³¹. On a rapporté à cet égard que les représentants britanniques étaient pourtant bien invités aux délibérations du COREPER et du Conseil, même s'ils n'y prenaient pas une part active. Le cas échéant, la présidence britannique du Conseil laisserait sa place à la présidence suivante lorsqu'il s'agit de question relevant de l'accord social ⁴³². En revanche, aucun aménagement n'était prévu concernant la Commission, ni même le Parlement européen ⁴³³, nonobstant l'ancienne procédure de coopération qui était de mise

La définition du vote à majorité qualifiée a été adaptée fondamentalement de la même façon que dans le mécanisme général, à savoir une proportion des voix des onze États parties à l'Accord social similaire au seuil des voix normalement requis pour les Douze. Enfin, c'est aussi de la même façon que les actes dérivant de la coopération renforcée ne s'appliquaient pas, en l'occurrence au Royaume-Uni, ni les conséquences financières autres que coûts administratifs ⁴³⁴.

Dans la pratique, le Conseil a adopté environ quatre directives sur base de l'Accord social à partir de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht (le 1^{er} Novembre 1993) jusqu'à la date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (le 1^{er} mai 1999) qui a intégré le contenu de l'Accord social dans le TCE, dont deux directives entre la conclusion et l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ⁴³⁵.

430 . Plus exactement, il ne participe pas « à l'adoption par le Conseil des propositions de la Commission ».

431 . Nos investigations sur cette question sont encore restées infructueuses à ce jour. *Comp.* avec la position du Danemark en matière de défense, *infra* Chapitre 9, section I.

432 . S. Van Raepenbusch, D. Hanf, « Flexibility in Social Policy », précité, 2001, pp. 66 et 67.

433 . Sur cette question, v. P. Watson, « Social Policy after Maastricht », précité, pp. 503 à 505.

434 . Point 2 du protocole social. *Comp.* Article 44 du TUE.

435 . Sur le contenu des directives, et leur incidence éventuelle dans l'ordre juridique britannique, v. C. McGlynn « Opting out of Community Social Policy : some legal, practical and political consequences », in C.D Ehlermann, *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable*

La première date de fin 1994 et concerne l'institution d'un comité d'entreprise européen. Si ce n'est le préambule qui se borne à se référer au protocole social et à énumérer les onze États membres signataires de l'Accord social, aucune référence n'est faite au statut spécial du Royaume-Uni, ni au champ d'application limité de la directive en question ⁴³⁶. Ce sont les États membres, sans distinction, qui sont les destinataires de la Directive. Les trois autres directives adoptées par la suite sont du même tonneau ⁴³⁷, si ce n'est que le préambule est plus spécifique quant au statut particulier du Royaume-Uni ⁴³⁸. À la Directive 96/34/CE est annexé un accord-cadre sur le congé parental conclu par les partenaires sociaux européens ; cet accord enjoint le Conseil de rendre les « prescriptions minimales contraignantes dans les États membres de la Communauté européenne, à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ». Mais aucune de ces directives ne rappelle que le Royaume-Uni n'a pas été partie prenante au vote de ces directives, et n'indique expressément qu'elles ne le visent pas. Cela découle seulement indirectement par une référence à l'Accord social. Il est vrai que pour les deux dernières directives, le Royaume-Uni avait déjà régularisé en partie sa situation (v. aussi *infra*).

Nous verrons que la question de la « réduction » éventuelle de la composition du Conseil des États membres votants ainsi que celle de la limitation du champ d'application des actes correspondants deviendra plus sensible et controversée lors de la mise en œuvre de la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté l'euro, tant sur le fond que sur la façon de le formuler dans les actes.

Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 85.

⁴³⁶ . Directive 94/45 du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, J.O. L 254 du 30. 9. 1994, p. 64.

⁴³⁷ . Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP, J.O. L 145 du 19. 6. 1996, p. 4 ; Directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, J.O. L 14 du 20. 1. 1998, p. 6. ; Directive 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, J.O. L 14 du 20. 1. 1998, p. 9.

⁴³⁸ . « *considérant que, sur la base du protocole sur la politique sociale annexé au traité, les États membres, à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ci-après dénommés 'les États membres', désireux de mettre en oeuvre la charte sociale de 1989, ont arrêté un accord sur la politique sociale;* »

II. Objet de la coopération renforcée en matière sociale

A l'instar du mécanisme de la coopération renforcée, il y avait une stricte correspondance entre les aménagements institutionnels du Conseil agissant dans le cadre de la coopération renforcée en matière sociale, son objet, et le champ d'application limité des actes adoptés au sein de celle-ci. En revanche, au contraire du mécanisme général, l'objet de la coopération renforcée en matière sociale était prédéfini : il correspondait strictement aux bases juridiques relevant de l'Accord social. De plus, ces bases juridiques étaient en principe propres à la coopération renforcée en matière sociale, bien que certains chevauchements avec les bases juridiques du TCE n'aient pas été strictement exclus ⁴³⁹. Par comparaison, l'objet du projet de coopération structurée permanente est le même que celui assigné à l'Union dans son ensemble, à savoir les mission de Petersberg, fussent-elles « les plus exigeantes ».

L'objet de la « coopération renforcée » en matière sociale consistait à soutenir et compléter l'action des États membres dans un certain nombre de domaines, par l'adoption de directives établissant des prescriptions minimales. Il s'agissait notamment des conditions de travail, la santé et la sécurité des travailleurs dans leur milieu de travail, l'information et la consultation des travailleurs, l'égalité hommes-femmes sur le marché du travail et au travail, et l'intégration de certaines personnes exclues du marché du travail. Il s'agissait également de certains sujets réservés au vote à l'unanimité tels que la sécurité sociale et la protection des travailleurs, la représentation des travailleurs, les conditions d'emploi des ressortissants des États tiers. Ces directives pouvaient être mises en œuvre par les partenaires sociaux, lesquels pouvaient aussi conclure directement des accords en lieu et place d'un acte européen.

⁴³⁹ . Il en va par exemple ainsi de la protection de la sécurité et la santé des travailleurs liées à leur milieu de travail, même si l'action envisagée dans le protocole social est une action communautaire à proprement parler (comp. - l'article 118 A du TCE (*post* Maastricht) : « *Les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs, et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine* »).

D'autre part, l'Accord prévoyait que dans ces différents domaines, la Commission promeuve la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire. Ces derniers pouvaient conclure des accords dont la mise en œuvre pouvait être réservée à une décision du Conseil. La Commission était invitée à encourager la coopération entre États membres, et devait remettre annuellement un rapport d'évaluation.

Le préambule du protocole social disposait par ailleurs que ni lui ni l'accord social « ne portent (pas) atteinte aux dispositions du traité, notamment à celles relatives à la politique sociale qui font partie intégrante de l'acquis communautaire ». On retrouve ainsi une formule familière du régime général des coopérations renforcées qui doivent respecter les traités, l'acquis communautaire, le cadre institutionnel unique de l'Union etc. ⁴⁴⁰. Il ne faudrait toutefois pas conclure à une 'prédominance' en soi de l'action de l'Union, en cas de chevauchement éventuel avec le chapitre social du TCE. Il s'agirait plutôt d'une concurrence : à l'instar des coopérations renforcées issues du mécanisme général, il aurait pu y avoir un effet de *preemption* en faveur du Groupe des Onze, lorsque celui-ci agissait en premier lieu ⁴⁴¹.

III. Formation de la coopération renforcée en matière sociale et participation ultérieure

Contrairement à la coopération structurée permanente en matière de défense, la « coopération renforcée » issue du protocole social de Maastricht n'était pas seulement programmée par le traité de Maastricht : elle était directement créée par celui-ci, au moment de son entrée en vigueur. Autrement dit, elle n'était pas seulement « prédéterminée », elle était d'emblée « préétablie » par le traité, sans devoir attendre une décision ultérieure du Conseil pour confirmer cette création. De même, c'est le traité qui identifiait les États participant à cette « coopération renforcée », à savoir tous les États membres d'alors à l'exception du Royaume-Uni. Cette participation n'était soumise à aucune condition de participation, comme dans le mécanisme général de la coopération renforcée, au contraire de la coopération structurée permanente et des autres coopérations renforcées prédéterminées (v. *infra*).

⁴⁴⁰ . V. *supra* Chapitre 3, section II.

⁴⁴¹ . Sur cette question, v. *supra* Chapitre 7.

En revanche, aucune procédure n'était prévue dans le protocole social quant à la participation ultérieure éventuelle du non participant britannique. De sorte que seule une nouvelle révision du TCE pouvait y remédier ⁴⁴². Cette situation ne convenait guère au Royaume-Uni. Car à partir du moment où il avait décidé d'adhérer à l'Accord social, il désirait y prendre activement part au plus vite, sans devoir attendre la fin du processus de ratification subordonnant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Afin de réduire cette période intermédiaire, le Royaume-Uni avait même proposé de conclure un « *mini-agreement* » qui aurait pu être soumis plus promptement à la ratification de tous les États membres que le traité d'Amsterdam dans sa totalité.

Cet épisode a marqué les esprits, surtout ceux des britanniques. Il a révélé la souffrance de ces derniers d'avoir perdu toute influence dans la genèse de la législation européenne en matière sociale, et notamment la perspective de ne pouvoir exercer pleinement leur présidence tournante (en l'occurrence, premier semestre 1998). Cet épisode a été déterminant dans la conception du mécanisme de la coopération renforcée et du protocole « Schengen » négocié à la même époque, en prévoyant une procédure de participation ultérieure spéciale, moins lourde que la procédure de révision des traités.

En fin de compte, la participation britannique a tout de même été formalisée par l'abrogation du protocole social et par l'intégration du contenu de l'Accord social dans le chapitre social du TCE, commun à tous, sans recourir à un mini traité particulier. En revanche un compromis fut trouvé afin que la délégation britannique retrouve un statut normal au sein du Conseil dès la conclusion du traité d'Amsterdam. En échange, le Royaume-Uni s'engageait à appliquer les directives déjà adoptées sur base de l'Accord social, ainsi que celles qui le seront encore d'ici l'entrée en vigueur formelle du traité d'Amsterdam. Il s'agit des quatre directives que nous avons mentionnées ci-dessus.

⁴⁴² . V. les solutions alternatives suggérées par B. Bercusson, notamment l'adhésion du Royaume-Uni au seul Accord social, dont la procédure serait plus légère que la procédure de révision du TCE (*European Labour Law*, Butterworths, 1996, p. 36).

Concernant les deux premières directives existant avant la conclusion du traité d'Amsterdam ⁴⁴³, une technique fut convenue consistant à adopter pour chacune d'elles une nouvelle directive visant à rendre ces directives immédiatement applicables au Royaume-Uni ⁴⁴⁴. La base juridique retenue fut l'article 100 du TCE ⁴⁴⁵ au motif que cela améliorerait le fonctionnement du marché intérieur ⁴⁴⁶. La même technique fut retenue concernant les deux directives suivantes adoptées durant la période intermédiaire précédant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ⁴⁴⁷: elles furent donc d'abord adoptées sur base de l'Accord social ⁴⁴⁸, puis leur champ d'application fut étendu au Royaume-Uni par deux nouvelles directives correspondantes ⁴⁴⁹.

⁴⁴³ . Directives 94/45/CE et 96/34/CE, précitées.

⁴⁴⁴ . V. respectivement : Directive 97/74/CE du Conseil du 15 décembre 1997 étendant au Royaume-Uni la directive 94/45/CE concernant l'institution d'un Comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs J.O. L 10 du 16.1.1998, p. 22–23 ; Directive 97/75/CE du Conseil du 15 décembre 1997 modifiant et étendant au Royaume-Uni la directive 96/34/CE concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, J.O. L 10 du 16.1.1998, p. 24. On avait également envisagé que la même directive soit à nouveau adoptée par tous les États membres, plutôt que d'étendre le champ d'application de la directive originelle.

⁴⁴⁵ . Article 94 du TCE (post Amsterdam).

⁴⁴⁶ . V. par exemple le préambule de la directive 97/74/CE, précitée (similaire pour la directive 97/75/CE, précitée) : « *considérant que le Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997 a noté avec satisfaction que la Conférence intergouvernementale a marqué son accord sur l'insertion de l'accord sur la politique sociale dans le traité et a également indiqué qu'il convenait de trouver un moyen pour conférer des effets juridiques, avant la signature du traité d'Amsterdam, au souhait du Royaume-Uni d'accepter les directives qui ont déjà été adoptées sur la base de cet accord; que la présente directive vise à atteindre cet objectif en appliquant la directive 94/45/CE au Royaume-Uni ; considérant que le fait que la directive 94/45/CE n'est pas applicable au Royaume-Uni affecte directement le fonctionnement du marché commun; que sa mise en oeuvre dans tous les États membres améliorera le fonctionnement de celui-ci; »*

⁴⁴⁷ . V. la suite du préambule concernant ces deux directives (en l'occurrence, celui de la directive 98/52 citée ci-après) : « *considérant que, lors du Conseil du 24 juillet 1997, le Conseil et la Commission ont convenu d'appliquer les conclusions adoptées au Conseil européen d'Amsterdam; qu'ils ont également convenu d'appliquer la même procédure, mutatis mutandis, aux futures directives adoptées sur la base de l'accord sur la politique sociale; que la présente directive vise à atteindre cet objectif en étendant la directive 97/80/CE au Royaume-Uni; »*

⁴⁴⁸ . Directives 97/80/CE et 97/81/CE, précitées.

⁴⁴⁹ . Directive 98/52/CE du Conseil du 13 juillet 1998 étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe , J.O. n° L 205 du 22/07/1998 p. 66 ; Directive 98/23/CE du Conseil du 7 avril 1998 étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES J.O. n° L 131 du 05/05/1998 p. 10.

Enfin, chacune de ces quatre nouvelles directives précise dans son préambule que dorénavant, les termes « États membres » figurant dans les quatre directives originelles sont compris comme incluant le Royaume-Uni.

IV. Statut du protocole social, de l'Accord social et de son acquis

Au lendemain du traité de Maastricht, la question s'est posée dans la doctrine quant à la validité du protocole social, notamment au regard du principe d'unité du droit communautaire et de ses effets potentiels sur le droit de la concurrence ⁴⁵⁰. Cette question pourrait surprendre : il est évident que les maîtres du traité sont libres de convenir tout type d'arrangement particulier, et que la Cour de justice n'est en principe pas habilitée à juger de la validité du droit primaire (sauf éventuellement au regard du droit international). La question est cependant révélatrice de l'innovation que représente le protocole social en ce qu'il accorde pour la première fois un régime d'exemption sur l'ensemble d'une politique, avec les premiers aménagements institutionnels qui en résultent ⁴⁵¹.

Une autre question, plus délicate, fut également soulevée, à savoir celle du statut juridique de l'Accord social et des actes qui en découlent ⁴⁵². D'aucuns ont en effet considéré que l'Accord social signé par les Onze « entre eux » ⁴⁵³ était un accord intergouvernemental ne relevant pas de l'ordre juridique communautaire, et que les actes en dérivant ne relèveraient donc pas de l'acquis communautaire. Les nouveaux États adhérents n'y seraient donc *a priori* pas liés ⁴⁵⁴. Un argument en ce sens fut de

⁴⁵⁰ . V. par exemple C. Barnard, « A social policy for Europe : Politicians 1 Lawyers 0 », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1992, p. 22.

⁴⁵¹ . P. Watson, « Social Policy after Maastricht », précité, 1993, p. 489 à 491.

⁴⁵² . Sur cette question, et notamment les implications de l'une ou l'autre thèse, v. C. McGlynn « Opting out of Community Social Policy : some legal, practical and political consequences », in C.D Ehlermann, précité, 1999, p. 85.

⁴⁵³ . Préambule du protocole social

⁴⁵⁴ . En ce sens, E. Vogel-Polsky, citée par P. Watson, *ibidem*, p. 491, indiquant que l'Accord social n'est pas une politique communautaire, ni ne correspond à un objectif communautaire. D. Curtin souligne dans le même sens l'incompatibilité de la nature communautaire de l'Accord social avec le principe d'unité du droit communautaire, et le fait que le protocole et l'accord ne peuvent, à lire le préambule, « porter atteinte » à l'acquis communautaire, et donc ne peuvent le modifier (« The Constitutional Structure of the Union : A Europe of Bits and Pieces », *CMLRev.*, 1993, p. 56 à 60.). V. aussi, E. Whiteford, « Social Policy after Maastricht », *ELR*, 1993, p. 222. K. Lenaerts et P. Van Nuffel semblent également assimiler l'accord social à une coopération hors Union qui serait autorisée à recourir aux institutions de l'Union (« Advanced Integration and the Principle of Equality of Member

comparer le protocole social au système retenu, davantage ‘communautaire’ dans sa formulation pour accorder un régime dérogatoire au Royaume-Uni s’agissant de la monnaie unique ⁴⁵⁵, nous y reviendrons dans la Deuxième partie de cette étude.

Pourtant, nombreux sont les éléments plaidant en faveur de la nature communautaire de l’Accord social et de son acquis : le recours aux « institutions, procédures et mécanismes » du TCE, l’adoption de « directives », ou encore les nombreuses références à la « Communauté » comme auteur des actions, ou encore aux « partenaires sociaux au niveau communautaire ». La Commission a affirmé que le cas échéant, elle choisirait d’agir sur base du protocole social ou du chapitre social au cas par cas, en donnant la priorité au second dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail ⁴⁵⁶. D’autre part, la Cour de justice a accepté d’envisager la recevabilité d’un recours en annulation de la directive 96/34 mentionnée ci-dessus, sans remettre en cause sa nature communautaire ⁴⁵⁷. Plus fondamentalement, l’Accord social est annexé au protocole social consenti par tous les États membres, et qui a une valeur juridique équivalente au traité communautaire auquel il est annexé ⁴⁵⁸.

Au fond, si l’on accepte que les actes issus d’une coopération renforcée, au sens du mécanisme général, constitue du droit communautaire au champ d’application « interétatique » limité ⁴⁵⁹, on ne voit pas rétrospectivement pourquoi il n’en irait pas de même s’agissant de l’acquis issu du protocole social (et inversement). Il est vrai que la construction juridique est pour le moins « *clumsy* » ⁴⁶⁰ : pourquoi ne pas avoir

States within the European Union », in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, précité., 2006, section IV, B.)

⁴⁵⁵ . Sur cette discussion, v. P. Watson, *ibidem*, p. 492 et 493.

⁴⁵⁶ . V. le Livre blanc de la Commission sur la politique sociale (COM(94) 333, du 27 juillet 1994, ainsi que sa Communication sur la mise en œuvre de l’Accord sur la politique sociale (COM(93) 600).

⁴⁵⁷ . Arrêt du TPI du 18 juin 1998, affaire T-136/96, *UEAPME* c. Conseil, Rec. II-2335. En ce sens, v. aussi S. Van Raepenbusch, D. Hanf, « Flexibility in Social Policy », précité, 2001, p. 66 ; et D. Hanf, « Flexibility Clauses in the Founding Treaties : from Rome to Nice », *ibidem*, p. 16.

⁴⁵⁸ . En ce sens, P. Watson, *ibidem*, p. 492 et 493. L’auteur avance également l’argument selon lequel le protocole social ne peut porter atteinte au TCE, et notamment à son Chapitre social. Selon nous, cet argument pourrait jouer en faveur des deux interprétations. V. aussi B. Bercusson, « The Dynamic of European Labour Law after Maastricht », *Industrial Law Journal*, 1994, p. 1 (en particulier pp. 8 et 9); G. Falkner, « The Maastricht Protocol on Social Policy : Theory and Practice », *Journal of European Social Policy*, 1996, p. 1 (en particulier pp. 2 et 3, 10 et 11).

⁴⁵⁹ . En ce sens, v. *supra* Chapitre 7, section 2.

⁴⁶⁰ . P. Watson, précité, 1993, p. 511.

défini l'objet de la « coopération renforcée » directement dans le protocole social, plutôt que de recourir à un accord à Onze annexé à ce protocole ? Dans les deux cas, le Royaume-Uni aurait été amené à donner son consentement, et à le redonner en cas de modification de cet objet. Peut-être y avait-il le désir néanmoins dans son chef de laisser planer un doute quant à la nature éventuellement intergouvernementale de l'accord ⁴⁶¹.

Enfin, il se fait que les trois États qui ont adhéré à l'Union en 1995 ont accepté d'être liés par l'accord social et son acquis (ce qui ne prouve pas, il est vrai, qu'ils étaient obligés de le faire), alors qu'au contraire, tout porte à croire qu'il n'en irait pas de même s'agissant des actes issus d'une coopération renforcée ⁴⁶².

* *
*
*

L'incidence du protocole social de Maastricht sur l'évolution de la politique sociale et sur la marginalisation du Royaume-Uni n'aura pas été très longue, environ quatre ans, ni très importante, seulement quatre directives. Si celles-ci avaient lié le Royaume-Uni, elles n'auraient apparemment pas impliqué tellement de changement pour ce dernier. Inversement, la politique sociale sur base du chapitre social du TCE a continué d'évoluer de façon significative, avec des directives significatives comme celle sur le temps de travail, mais aussi d'endurer ses blocages habituels, notamment mais pas seulement du côté britannique ⁴⁶³. Y avait-il une volonté de marginaliser le Royaume-Uni le moins possible dans la pratique ⁴⁶⁴, ou plutôt de ne pas lui conférer

⁴⁶¹ . C. McGlynn rapporte qu'aux yeux du gouvernement britannique de l'époque, il s'agissait d'une forme d'accord intergouvernementale, précité, 1999, p. 88.

⁴⁶² . Nos recherches sont toutefois restées infructueuses quant à la façon dont on a adapté l'Accord social des Onze pour y intégrer les trois nouveaux États membres. En revanche, l'article 15, § 4 de l'Acte d'adhésion adapte, dans le protocole social, le seuil de la majorité qualifiée (54 voix au lieu de 44 voix) d'une façon qui implique les trois nouveaux États membres comme partie à l'Accord social (Acte relatif aux conditions d'adhésion du Royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, *J.O.* n° C 241 du 29 août 1994). Suite au retrait de la Norvège, ce seuil est passé à 52 voix (article 8 de la Décision du Conseil de l'Union européenne 95/1/CE, Euratom, CECA du 1er janvier 1995 portant adaptation des instruments relatifs à l'adhésion de nouveaux États membres à l'Union européenne).

⁴⁶³ . C. McGlynn, précité, 1999, p. 88 à 97.

⁴⁶⁴ . Ce que suggère C. McGlynn, *ibidem*, p. 97.

trop d'avantage compétitifs ? Quoi qu'il en soit, le risque de *dumping* social que l'on avait craint ne se sera pas réalisé ⁴⁶⁵. Il semble d'ailleurs que le statut particulier du Royaume-Uni ne pouvait totalement l'immuniser des effets des directives adoptées par les Onze ⁴⁶⁶.

Ceci étant, le protocole social offre le premier exemple de différenciation constitutionnelle qui ouvrira la voie à l'élaboration du mécanisme de la coopération renforcée dans le traité d'Amsterdam.

⁴⁶⁵ . Sur ce risque, v. P. Watson, précité, 1993, p. 511 à 513.

⁴⁶⁶ . V. l'exemple de la directive 94/45 précitée sur les comités d'entreprise, exposé par C. Lyons, "Flexibility and Social Policy", in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 203.

TITRE III. —

LA PRATIQUE DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES AU SEIN DE L'ESPACE DE LIBERTÉ, SÉCURITÉ ET JUSTICE

INTRODUCTION

CHAPITRE 11. — DES ACCORDS DE SCHENGEN A L'ESPACE DE LIBERTÉ, SÉCURITÉ ET JUSTICE

CHAPITRE 12. — LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES RELATIVES À L'ACQUIS DE SCHENGEN

CHAPITRE 13. — « COOPÉRATIONS RENFORCÉES » *MUTATIS MUTANDIS* DANS LE CADRE DU NOUVEAU TITRE IV DU TCE

CHAPITRE 14. RELATIONS « EXTÉRIEURES » DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES DANS L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET JUSTICE

CHAPITRE 15. — SYNTHÈSE

INTRODUCTION

Le traité d'Amsterdam a conçu au sein de l'Union européenne un nouvel espace, un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». Cet espace est issu d'une restructuration du troisième pilier de l'Union européenne introduit par le traité de Maastricht qui a trait à la coopération dans les domaines de la « justice et des affaires intérieures » (JAI – titre VI du TUE). Il repose depuis lors sur le nouveau titre IV du TCE (ancien titre III A) intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la circulation des personnes », ainsi que sur le titre VI du TUE remanié qui se limite dorénavant à la « coopération judiciaire et policière en matière pénale ». Ce nouvel espace recouvre

pour l'essentiel le même champ d'activité que celui du troisième pilier originel, même si bon nombre de domaines ont été redéfinis ou précisés ⁴⁶⁷.

Une différence toutefois à propos du nouveau titre IV du TCE, mais elle est notable : l'article 62 du TCE se réfère expressément à l'article 14 (ancien article 7A) pour adopter des mesures visant à l'absence de contrôle aux frontières intérieures, non seulement pour les citoyens de l'Union, mais aussi à l'égard des ressortissants des pays tiers. Ainsi se voit confirmée l'interprétation dominante de cette disposition, tout en concédant un régime dérogatoire au Royaume-Uni, et compte tenu de leur zone de voyage commune, à l'Irlande. Nous reviendrons sur cette dérogation générale – sans doute redondante - lors de l'examen du « Protocole sur l'application de certains aspects de l'article 14 du TCE » (ex article 7A) au Royaume-Uni et à l'Irlande ».

Il reste que la référence aux « autres politiques liées à la circulation des personnes » a pu paraître quelque peu ambiguë. Par cet intitulé de dernière minute, il semble que les négociateurs du traité d'Amsterdam se soient surtout attachés à mettre en évidence l'articulation existante, fût-elle peu précise, avec d'autres bases juridiques du TCE, telles que les chapitres I et II (libre circulation des travailleurs et droit d'établissement), l'article 94 (ancien 100) sur le rapprochement des législations lié au marché intérieur, ou encore l'article 18 (ancien 8A) relatif à la citoyenneté de l'Union ⁴⁶⁸. Mais il permet aussi de souligner un lien thématique, à savoir que toutes les politiques couvertes par le titre IV du TCE concernent la libre circulation des personnes ⁴⁶⁹, et en particulier des ressortissants des pays tiers (visa courte et longue durée, circulation, séjour, établissement, asile et immigration) ⁴⁷⁰. Le mot « liées » n'est pas non plus dépourvu d'ambiguïté. En réalité, les négociations ont révélé que le nouveau titre IV du TCE couvre un ensemble de politiques liées à la libre circulation

⁴⁶⁷ . Sur ce sujet, v. H. Bribosia, « Liberté, sécurité et justice — L'imbroglia d'un nouvel espace », *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1998 (également publié dans les *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1997).

⁴⁶⁸ . De même, l'ancien article K.1 se référerait déjà à la libre circulation des personnes de façon générale « sans préjudice de la Communauté européenne ». Cela expliquerait pourquoi l'on a modifié dans ce sens l'intitulé du nouveau titre IV du TCE après le sommet d'Amsterdam du 17 juin 1997 qui avait d'abord agréé l'intitulé 'Libre circulation des personnes, asile et immigration'.

⁴⁶⁹ . Ce qui n'est que partiellement vrai dès lors que la coopération judiciaire en matière civile dépasse largement l'objectif de la libre circulation des personnes.

⁴⁷⁰ . Tandis que les modalités relatives au franchissement des frontières à proprement parler – extérieures et intérieures – visent toutes les personnes sans distinction.

des personnes en ce qu'elles comportent également une autre dimension, un autre objectif : la sécurité intérieure. Il s'agit des « mesures d'accompagnement directement liées à la libre circulation des personnes »⁴⁷¹. Celles-ci visent principalement le franchissement de la frontière extérieure, la circulation dans le cadre des visas de trois mois, certaines règles en matière d'asile ou relativement aux personnes déplacées. Ces mesures d'accompagnement s'ajoutent ainsi à l'adoption, dans le cadre du nouveau titre VI du TUE, de règles minimales de type pénal à l'égard de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue. Les mesures d'accompagnement chevauchent donc la « cloison » des piliers, la dimension « sécurité intérieure » ne se limitant pas au titre VI du TUE remanié concernant la coopération en matière pénale⁴⁷².

In fine cependant, c'est le critère de la communautarisation qui a prévalu lors de la conception du nouveau titre IV du TCE, bien que celle-ci devait rester imparfaite durant les cinq premières années de mise en œuvre du traité, et que la compétence de la Cour de justice en matière de recours préjudiciel connaît encore aujourd'hui certaines limitations⁴⁷³. En revanche, le troisième pilier remanié a fait l'objet de quelques timides touches communautaires, comme le partage du pouvoir d'initiative avec la Commission, un pouvoir de consultation du Parlement européen, et la majorité qualifiée pour la mise en œuvre de décisions⁴⁷⁴.

Toutefois, il a semblé que le chevauchement des accords de Schengen avec le développement du nouvel espace de liberté, sécurité et justice devenait intenable. Dès lors naquit l'idée que l'acquis de Schengen pourrait être intégré dans le cadre institutionnel de l'Union en le « ventilant » sous les bases juridiques du titre VI du TUE remanié, du nouveau titre IV du TCE, mais aussi sous le couvert d'autres bases juridiques du TCE, en fonction de la question abordée. Tel est l'objet du « protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union » (ci après, le protocole

⁴⁷¹. Article 61 a) TCE.

⁴⁷². Sur les décloisonnement et re-cloisonnement du troisième pilier, v. H. Bribosia, *RMUE*, précité, 1/1998.

⁴⁷³. Principalement afin d'endiguer les recours individuels en matière d'asile et d'immigration. Article 68 du TCE.

« Schengen »). Pour pouvoir réaliser l'opération, il a fallu accorder un régime d'exemption au Royaume-Uni et à l'Irlande, non parties prenantes aux accords de Schengen, mais aussi au Danemark qui était opposé à toute communautarisation en la matière.

Ainsi que nous tenterons de le démontrer, ce régime peut-être analysé en terme de coopérations renforcées. D'abord l'acquis de Schengen intégré constitue une sorte de coopération renforcée « préétablie », c'est-à-dire dont la composition et l'objet sont d'emblée établis au niveau du traité. Ensuite, nous verrons que c'est une *coopération renforcée* au sens du mécanisme général qui peut être « réputée autorisée » en vue du développement ultérieur de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union. Ou plus précisément, au sein de ou par le biais de diverses coopérations renforcées.

Surtout, pour pouvoir réaliser la communautarisation de ce qui deviendra le titre IV du TCE, les auteurs du traité d'Amsterdam ont dû accorder un régime d'exemption dans les domaines qu'il couvre aux trois mêmes États membres, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark. Tel est l'objet principal ⁴⁷⁵, d'une part du « protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande » (ci-après, le protocole « britannico-irlandais », et d'autre part, du « protocole sur la position du Danemark » (ci-après, le protocole « danois »). Bien que la technique de différenciation qui prévaut à cet endroit s'inscrive dans la droite ligne de celle des exemptions « constitutionnelles » concédées à Maastricht en matière sociale ou monétaire (les États concernés sont d'ailleurs pratiquement toujours les mêmes), nous tenterons de montrer que cette technique peut aussi être présentée, dans la pratique, à des coopérations renforcées, par analogie. Paraphrasant le traité, nous les dénommerons les « coopérations renforcées *mutatis mutandis* ».

Certes, toutes ces « coopérations renforcées » ont ceci de particulier qu'elles réunissent la plupart des États membres, et qu'elles sont davantage marquées par un aspect « à la carte » au bénéfice des États « non participants ». La comparaison par

⁴⁷⁴ . Une passerelle permettrait de communautariser tout ou partie de ces domaines, mais après approbation des États membres selon leur règles constitutionnelles (article 42 TUE). Sur la portée de la communautarisation du troisième pilier, v. H. Bribosia, *RMUE*, précité, 1/1998.

référence à, ou par analogie avec le mécanisme général permet cependant de mieux percevoir ce que ces techniques de différenciation ont en commun, au-delà de « l'unité de temps » (à savoir *post* Amsterdam). Elle permet en outre d'analyser le fonctionnement des coopérations renforcées dans la pratique, et partant, de se faire une idée des questions qui se poseront le jour où le mécanisme de la coopération renforcée sera mis en œuvre en pratique. À cet égard, on accordera une attention particulière à la dimension extérieure de ces coopérations renforcées, et notamment à leur incidence sur l'adhésion de nouveaux membres.

Au terme du Titre III de cette première Partie, il en ressort, au profit des non participants, un espace de liberté, sécurité et justice à géométrie variable, passablement teinté de discrétion ('à la carte'), et, faut-il le dire, hautement complexe que la Constitution européenne a maintenu pour l'essentiel, voire aggravé. À cette géométrie variable s'ajoute le fait que le régime commun du mécanisme de la coopération renforcée trouve également à s'appliquer dans le développement et la mise en œuvre du nouvel espace en question.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de revenir sur l'origine des coopérations renforcées agissant au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice, à savoir les accords de Schengen qui ont été conclus en dehors du cadre des Communautés par un nombre restreint des États membres. Ce retour en arrière permet notamment de se pencher sur l'articulation délicate de ces accords, conclus par certains États membres en dehors du cadre communautaire, avec le traité de Maastricht. Il permet également de mieux comprendre la distinction entre l'entrée en vigueur formelle et l'application effective et progressive desdits accords, en fonction du respect de certaines conditions objectives relatives notamment aux capacités de contrôle aux frontières extérieures et aux « mesures d'accompagnement ». Cette distinction entre participation formelle et effective perdurera après l'intégration de l'acquis de Schengen au sein de l'Union. Il

⁴⁷⁵ Ainsi que nous le verrons, ces deux protocoles concernent aussi certains aspects du développement de l'acquis de Schengen.

CHAPITRE 11. — DES ACCORDS DE SCHENGEN AU TRAITÉ DE MAASTRICHT

Dans un certaine mesure, le troisième pilier de l'Union relatif à la justice et aux affaires intérieures (JAI) est venu consolider, centraliser ou coordonner un certain nombre d'activités conduites par les États membres en dehors des Communautés européennes. Diverses coopérations intergouvernementales s'enchevêtraient en effet au sein de multiples ensembles. On se rappellera par exemple de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, de la coopération TREVI à partir du milieu des années '70 (« Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme, et Violence Internationale »), du Groupe *ad hoc* « immigration » au milieu des années '80, ou encore du CELAD à la fin des années '80 (Comité européen de la lutte antidrogue) ⁴⁷⁶.

Bien souvent, toutefois, c'est un groupe restreint des États membres de l'époque qui coopéraient en dehors du cadre des Communautés. En particulier, les pays du BENELUX ont conclu plusieurs accords en matière d'extradition et d'entraide judiciaire⁴⁷⁷, d'armes à feu ⁴⁷⁸, ou encore de lutte contre la drogue ; ils sont surtout les précurseurs s'agissant de la suppression des contrôles des personnes à leurs frontières intérieures ⁴⁷⁹, sans oublier la zone de voyage commune britannico-irlandaise et l'ancienne Union nordique des passeports. Le couple franco-allemand n'était pas en reste, avec par exemple l'accord de Sarrebruck du 13 juillet 1984.

Le traité de Maastricht viendra légitimer, si besoin en était, toutes ces coopérations déjà établies en dehors de l'Union, ainsi que celles qui seront encore établies dans le future ⁴⁸⁰. En outre, une habilitation expresse des États membres d'aller plus loin sur

⁴⁷⁶ . G. Renault, *Schengen, un modèle pour l'Europe pénale ?*, Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 6, Larcier, Bruxelles, 1995, p. 25 à 30.

⁴⁷⁷ . Traité du 27 juin 1962.

⁴⁷⁸ . Convention du 28 juin 1978.

⁴⁷⁹ . Convention du 11 avril 1960 concernant le transfert du contrôle des personnes vers les frontières extérieures du territoire du Benelux (*MB* 1er juillet et 11 août 1960)

⁴⁸⁰ . Sur l'article K.7 originel, v. Chapitre 31.

une base bilatérale ou multilatérale ont souvent figuré dans des conventions « troisième pilier » et dans des actes de droit dérivé⁴⁸¹.

I. Signature et contenu des accords de Schengen

Les accords de Schengen en sont l'illustration la plus significative⁴⁸². Un premier accord de base « relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes », fût signé le 14 juin 1985 par les trois États du BENELUX, la France et l'Allemagne⁴⁸³, suivi cinq ans plus tard d'une Convention d'application, conclue le 19 juin 1990 dans la même petite localité luxembourgeoise⁴⁸⁴.

Le premier accord de 1985 devait être appliqué à titre provisoire dès le lendemain de sa signature, tandis qu'il entra formellement en vigueur le 2 mars 1986, après que les Pays-Bas, seul État à l'avoir conclu sous réserve d'approbation, eut confirmé sa signature. Une telle promptitude s'expliquait par le contenu de l'accord. D'une part, les « mesures applicables à court terme » revenaient pour l'essentiel à consolider des arrangements antérieurs, en particulier celui entre l'Allemagne et le Benelux (Neustadt sur Aisch, 31 mai 1984), et l'accord franco-allemand de Sarrebruck du 13 juillet 1984 dont certaines dispositions continueront de prévaloir dans les relations bilatérales entre les deux États⁴⁸⁵. Ces dispositions attestent d'une dimension essentiellement économique, ayant trait surtout aux transports frontaliers et à la libre

⁴⁸¹ . V. G. Papagianni, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, pp. 105, 106 et 108.

⁴⁸² . Sur le contexte de la conclusion de ces accords, v. S. Mazzi-Zissis, « Les accords de Schengen et la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : exemple à suivre ou dangereux précédent ? », in C.D. Ehlermann, (ed.), *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, pp. 47 à 66.

⁴⁸³ . Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1985, *J.O.* n° L 239 du 22/09/2000, p. 13.

⁴⁸⁴ . Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *J.O.* n° L 239 du 22/09/2000, p. 1.

⁴⁸⁵ . Article 31 de l'accord de Schengen de 1985. V. aussi l'article 6 de l'accord autorisant des arrangement bilatéraux « plus favorables » en ce qui concerne la circulation des ressortissants des communes situées au frontières communes. En revanche, les arrangements bilatéraux ou multilatéraux

circulation des marchandises. C'est d'ailleurs au même moment que fut négocié l'Acte unique, dont le fameux article 8A du Traité CEE ⁴⁸⁶ programmera pour le 1er janvier 1993 l'établissement d'un « espace sans frontières ». D'autre part, les « mesures applicables à long terme » étaient de nature essentiellement programmatique, sans effet immédiat, en vue d'être appliquées si possible avant le 1er juin 1990.

C'est la Convention d'application du 19 juin 1990 qui viendra préciser ces mesures à long terme. La philosophie sous-jacente consiste à supprimer les contrôles aux frontières intérieures, du moins pour tous les citoyens de la Communauté (et pas seulement ceux des États parties aux accords de Schengen), tout en renforçant et en harmonisant le contrôle aux frontières extérieures du territoire Schengen, ainsi qu'en dressant un statut embryonnaire des non-ressortissants communautaires (entrée, visa, circulation, séjour, immigration, asile). Certains verront dans ces dispositions une dimension sécuritaire. Elle s'ajouteraient ainsi à celles expressément destinées à « compenser » certains effets de la libre circulation sur la sécurité intérieure, tels que la criminalité transnationale et l'immigration illégale, ou tout simplement les flux migratoires ⁴⁸⁷ : la Convention prévoit en effet une section sur l'entraide judiciaire et la coopération policière, ainsi qu'un Système d'information Schengen (SIS) qui rassemble les signalements sur certaines personnes ou certains objets.

On rappellera à cet égard que quelques jours avant la signature de la Convention d'application, le 15 juin 1990, fut signée la Convention de Dublin par l'ensemble des États membres. Elle a trait « à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre des Communautés européennes ». Outre cette concomitance temporelle, la Convention est parfois qualifiée de parallèle dans la mesure où elle recouvre de façon similaire un sujet traité dans un des chapitres de la Convention d'application ⁴⁸⁸. Dans les deux cas, l'objectif

avec des États non parties doivent faire l'objet d'une consultation entre les parties à l'accord (article 28).

⁴⁸⁶ . Devenu article 7A du TCE au lendemain du traité de Maastricht, et l'article 14 du TCE après la renumérotation opérée par le traité d'Amsterdam.

⁴⁸⁷ . De la même façon que la dimension sécuritaire apparaît aussi bien dans le titre IV du TCE que du titre VI du TCE

⁴⁸⁸ . V. les articles 28 à 38 de la Convention d'application.

consiste à dissuader les demandes d'asile multiples dans des pays différents, et aussi à prévenir la « mise sur orbite » des demandeurs. Initialement prévue pour le 1er janvier 1993, l'entrée en vigueur liée à la ratification de tous les États membres n'aura lieu que le 1er septembre 1997.

De même cinq années s'écouleront encore avant que la Convention d'application n'entre pleinement en vigueur et de façon effective, le 26 mars 1995, le temps nécessaire pour qu'un certain nombre de conditions techniques soient satisfaites dans tous les États parties à la Convention. Entre-temps, quatre États membres des Communautés européennes vont adhérer aux accords de Schengen, d'abord l'Italie, le sixième membre fondateur (le 27 novembre 1990), ensuite l'Espagne et le Portugal (le 25 juin 1991), puis la Grèce (le 6 novembre 1992), cependant que l'entrée en vigueur effective pour la Grèce et l'Italie sera encore davantage retardée. Le Danemark y adhèrera plus tard (le 19 décembre 1996), au même moment que la Finlande et la Suède, nouveaux membres de l'Union, et que l'association de la Norvège et de l'Islande ⁴⁸⁹, afin de préserver l'Union nordique des passeports, tandis que l'Autriche aura été quelque peu plus prompte (le 28 avril 1995). Dès lors, les seuls États membres restés en dehors des accords de Schengen sont le Royaume-uni et l'Irlande.

II. Entrée en vigueur et conditions préalables à l'application pleine et effective des accords de Schengen

La Convention d'application devait en principe entrer en vigueur en deux temps ⁴⁹⁰. Dans un premier temps, un mois après le dépôt du dernier des cinq instruments d'approbation, l'entrée en vigueur ne concernait que les « dispositions relatives à la création, aux activités et aux compétences du Comité exécutif » ⁴⁹¹. Le reste, pour ne pas dire la substance de la Convention, à savoir la suppression des contrôles aux frontières, aurait dû entrer en vigueur deux mois plus tard.

⁴⁸⁹. Accord du 18 décembre 1996.

⁴⁹⁰. Article 139 de la Convention d'application.

⁴⁹¹. En principe, les décisions du Comité exécutif sont dépourvues d'effet direct, G. Renault, 1995, p. 114 (citant le Conseil d'État belge et le Conseil constitutionnel français).

Encore fallait-il, ce que précise une déclaration commune à l'acte final de la Convention d'application, que « les conditions préalables à l'application (soient) remplies et que le contrôle aux frontières extérieures (soit) effectif ». A cet égard, une autre déclaration (publiée dans un procès verbal en complément à l'acte final) donne un aperçu des préparatifs conditionnant la mise en application de la Convention ⁴⁹². Les accords d'adhésion se réfèrent de la même façon aux « conditions préalables à l'application de la Convention d'application » ⁴⁹³, de sorte qu'il convient de distinguer l'entrée en vigueur « formelle » ⁴⁹⁴ ou partielle, de l'entrée en vigueur pleine et « effective » de tous les « éléments du dispositif réglementaire découlant des accords de Schengen » ⁴⁹⁵.

Le 19 juin 1992 et le 30 juin 1993, les parties contractantes ont émis de nouvelles déclarations relatives à la mise en oeuvre de la Convention et au respect des conditions préalables. La première établit une liste des conditions techniques ou juridiques préalables indispensables ⁴⁹⁶. La seconde fixe « l'objectif politique

⁴⁹² . D'une part, cette déclaration reconduit d'emblée la structure des groupes de travail mis en place pour la négociation de la Convention d'application, sous la direction du groupe central de négociation (diplomates) et des ministres (sur ce point, v. G. Renault, 1995, p. 54), notamment afin « *d'élaborer des mesures concrètes dans la perspective de la circulation des étrangers exemptés de l'obligation de visa... et de présenter des propositions aux fins de l'harmonisation des modalités de contrôle des personnes aux futures frontières extérieures* ». D'autre part, elle habilite le Comité exécutif, lorsqu'il fonctionnera, à examiner « *toutes les mesures utiles à la mise en place d'un contrôle uniforme et efficace aux frontières extérieures ainsi que leur application concrète. Ces mesures comprennent les mesures permettant d'attester les conditions d'entrée d'un étranger sur le territoire des Parties Contractantes, l'application des mêmes modalités de refus d'entrée, l'élaboration d'un manuel commun pour les fonctionnaires chargés de la surveillance des frontières et la promotion d'un niveau équivalent de contrôle aux frontières extérieures par des échanges et des visites de travail communes* ».

⁴⁹³ . V. aussi l'article 15, § 4 de l'accord du 18 mai 1999 entre le Conseil, la Norvège et l'Islande, cité *infra*.

⁴⁹⁴ . V. les clauses types relatives à l'entrée en vigueur des accords d'adhésion :

« 1. Le présent Accord sera soumis à ratification, approbation ou acceptation. Les instruments de ratification, approbation ou d'acceptation seront déposés auprès du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg; celui-ci notifie le dépôt à toutes les Parties Contractantes.

2. Le présent Accord entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit le dépôt des instruments de ratification, d'approbation ou d'acceptation par les États pour lesquels la Convention de 1990 est entrée en vigueur et par (NOM DE L'ÉTAT ADHÉRENT)

À l'égard des autres États, le présent Accord entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit le dépôt de leurs instruments de ratification, d'approbation ou d'acceptation, pour autant que le présent Accord soit entré en vigueur conformément aux dispositions de l'alinéa précédent.

3. Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg notifie la date de l'entrée en vigueur à chacune des Parties Contractantes. »

⁴⁹⁵ . V. Hrebly, Les accords de Schengen – Origine, Fonctionnement, Avenir, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 49.

⁴⁹⁶ . V. le rapport du Sénat français, cité par V. Hrebly, précité, 1998, p. 50. Les conditions ont trait aux domaines suivants :

d'appliquer la Convention de 1990 au 1er décembre 1993 », et enjoignit aux États qui ne l'avaient pas encore fait de déposer leur instrument de ratification au plus vite afin de respecter cette date, ce qui fut réalisé pour les cinq signataires originaires et l'Espagne. Le Comité exécutif pouvait officiellement commencer de fonctionner ⁴⁹⁷, et l'une de ses toutes premières décisions fut d'ailleurs de confirmer ces déclarations, du moins l'une d'elles ⁴⁹⁸.

Mais la déclaration du 30 juin 1993 fit aussi le point sur les conditions préalables à l'entrée en vigueur de la Convention (entendez : l'application pleine et effective de son dispositif réglementaire). Certaines furent jugées remplies (manuel commun, délivrance du visa uniforme, examen des demandes d'asile, contrôle des aéroports), certaines durent faire l'objet d'efforts supplémentaires (contrôle aux frontières extérieures et des stupéfiants), tandis que le SIS faisait encore l'objet de tests dans chacun des États parties aux accords avant de pouvoir être opérationnel. La déclaration conclut en habilitant le Comité exécutif à acter la mise en vigueur de la Convention lorsque les conditions préalables seront remplies.

La date optimiste du 1er décembre 1993 ne put être tenue. L'entrée en vigueur de la Convention, « dans toutes ses parties », fut finalement fixée par le Comité exécutif au 26 mars 1995 pour les cinq signataires originaires, le Portugal et l'Espagne, tout en rappelant les déjà nombreuses décisions préparatoires du Comité exécutif qui s'imposent à eux ⁴⁹⁹. En ce qui concerne l'Italie et la Grèce, il fut indiqué qu'une

Contrôle aux frontières extérieures et manuel commun
Modalités de délivrance du visa uniforme et l'instruction consulaire commune
Traitement des demandes d'asile
Système d'information Schengen (SIS)
Protection des données à caractère personnel
Conventions relatives aux stupéfiants
Circulation des personnes dans les aéroports

⁴⁹⁷ . De même que l'on put justifier le déblocage de moyens financiers.

⁴⁹⁸ . La décision relève de l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union (Acquis de Schengen, Décision du Comité exécutif du 14 décembre 1993 concernant les déclarations des Ministres et Secrétaires d'État [SCH/Com-ex (93) 10], J.O n° L 239 du 22/09/2000, p. 127). Tandis que la déclaration du 30 juin 1993 est publiée en annexe, il est précisé que la déclaration du 19 juin 1992 n'est pas reprise dans l'acquis de Schengen.

⁴⁹⁹ . Décision du Comité exécutif du 22 décembre 1994 relative à la mise en vigueur de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 [SCH/Com-ex (94) 29, 2 rév.], J.O. n° L 239 du 22/09/2000, p. 13. Cependant, le Comité exécutif émit un certain nombre de recommandations techniques pour la période préparatoire des trois mois restant avant l'entrée en vigueur (SIS et à

décision serait adoptée ultérieurement dès qu'ils auraient rempli les conditions préalables. Le Comité fit ensuite deux déclarations : la première, du 25 avril 1997, prévoyait l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Italie, la Grèce, et l'Autriche à la date du 26 octobre 1997, tandis que la seconde, du 26 juin 1997, devait la reporter « avant la fin de 1997 » s'agissant de l'Autriche et de la Grèce. Les accords de Schengen finirent par entrer pleinement en vigueur le 1er avril 1998 à l'égard de l'Italie, mais aussi de l'Autriche⁵⁰⁰. Pour ce qui est de la Grèce, il aura fallu attendre le 26 mars 2000 pour voir les accords appliqués dans leur totalité, la date ayant encore été reportée à de nombreuses reprises. Le cas de la Grèce est intéressant car il a donné lieu à une application partielle et progressive des accords en ce qui la concerne, en fonction des progrès accomplis dans le respect des conditions en question⁵⁰¹.

On évoquera encore l'entrée en vigueur pleine et effective des accords d'adhésion du 19 décembre 1996 du Danemark, de la Suède et de la Finlande, ainsi que du renouvellement de l'accord d'association, le 18 mai 1999 entre le Conseil et la Norvège et l'Islande⁵⁰² (entré partiellement en vigueur le 26 juin 2000). Afin de

l'adaptation des aéroports), ainsi que pour la gestion de l'application de la convention durant les trois premiers mois de mise en vigueur.

⁵⁰⁰ . SCH/Com-ex (97) 27 rev 4, du 7 novembre 1997 (pour l'Italie) et SCH/Com-ex (97) 27 rev 4, du 7 novembre 1997 (pour l'Autriche). Ces deux décisions du Comité exécutif n'ont apparemment pas été reprises dans la publication de l'acquis de Schengen, dans le J.O n° L 239 du 22/09/2000.

⁵⁰¹ . Ainsi, dans un premier temps, une décision du Comité exécutif du 7 octobre 1997 fixa la date du 1er décembre 1997 (sous réserve des ratifications françaises et hollandaises de l'accord d'adhésion), à l'exception de la suppression des contrôles aux frontières intérieures dont les dates et les modalités furent renvoyées à une nouvelle décision du Comité exécutif, en principe, avant fin 1998 (Décision du Comité exécutif du 7 octobre 1997 relative à la mise en vigueur de la Convention d'application de l'accord de Schengen en Grèce [SCH/Com-ex (97) 29, rév. 2], J.O. n° L 239 du 22/09/2000, p. 13) Il y fut pris acte du caractère opérationnel du SIS, les données nationales devant encore être chargées. Dans une décision ultérieure du comité exécutif, il ressort d'une part que les accords de Schengen ont partiellement été mis en vigueur par la décision du 7 octobre 1997, mais d'autre part que plusieurs aspects (contrôle des frontières intérieures avec la Grèce, le contrôle des frontières extérieures et le régime des aéroports) requerraient encore un examen approfondi par une commission *ad hoc* créée à cet effet (Décision du Comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d'une commission ad hoc Grèce [SCH/Com-ex (98) 43 rév.], J.O. n° L 239 du 22/09/2000 p. 145). Suite au rapport de la commission *ad hoc*, le Comité exécutif prit acte des progrès accomplis par la Grèce, mais prolongea la mission de la commission *ad hoc* en ce qui concerne la sécurité des frontières maritimes et terrestres, qui conditionne la suppression des contrôles aux frontières intérieures ; elle reporta ainsi sa décision définitive « dans la mesure du possible avant la fin 1999 » (Décision du Comité exécutif du 16 décembre 1998 concernant la mise en vigueur de la Convention d'application en Grèce [SCH/Com-ex (98) 49, rév. 3], J.O. n° L 239 du 22/09/2000, p. 14). De fait, la commission mixte « Schengen » réunie au niveau ministériel décida, le 2 décembre 1999, de l'application complète des accords de Schengen pour la Grèce, à partir du 1er janvier 2000 pour les ports internationaux, et du 26 mars 2000 pour tous les aéroports, levant ainsi les dernières limitations à la pleine et effective adhésion de la Grèce.

⁵⁰² . Accord conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux états à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de

préservé l'Union nordique des passeports que ces États formaient déjà, il fut décidé, dans une décision du Conseil du 1er décembre 2000, de procéder en bloc à l'application pleine et effective des accords de Schengen ⁵⁰³. Dans cette décision, la date de mise en application de l'ensemble de l'acquis de Schengen fut fixée pour ces États, au 25 mars 2001, pourvu qu'au terme d'ultimes visites d'évaluation, leurs ports et aéroports répondissent aux conditions requises, et que le nouveau SIS 1 ⁵⁰⁴, qui conditionnait la suspension des contrôles aux frontières intérieures, fût pleinement opérationnel ⁵⁰⁵. La date fut néanmoins maintenue.

On sait qu'au moment de la décision du 1^{er} décembre 2000, l'acquis Schengen a été intégré par le traité d'Amsterdam dans le cadre de l'Union, de sorte que l'on parle dorénavant de « mise en application de l'acquis de Schengen ». L'on reviendra plus loin sur cette décision du Conseil qui est remarquable à un autre titre : elle statue sur la participation effective non seulement de certains États membres de l'Union à l'acquis de Schengen après son intégration (Danemark, Finlande et Suède), mais aussi d'autres États tiers, dans le cadre des relations extérieures des coopérations renforcées « Schengen » (Norvège et Islande).

Ce détour par les accords de Schengen sert également à mettre en lumière la distinction entre adhésion (ou participation) formelle à ceux-ci, ce qui comprend notamment la participation au processus ultérieur de décision, et participation effective, voire progressive, qui est subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions de capacité. Par comparaison, on aura l'occasion d'observer que les critères de convergence conditionnent la participation à la monnaie unique, aussi bien formellement qu'effectivement. Par ailleurs, c'est par le biais de simples déclarations,

l'acquis de Schengen - Acte final, *J.O.* n° L 176 du 10/07/1999, p. 36). Cet accord fut renouvelé notamment afin de prendre en compte l'incorporation par le traité d'Amsterdam de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union.

⁵⁰³ . 2000/777/CE: Décision du Conseil du 1er décembre 2000 relative à la mise en application de l'acquis de Schengen au Danemark, en Finlande et en Suède, ainsi qu'en Islande et en Norvège, *J.O.* n° L 309 du 09/12/2000, p. 24.

⁵⁰⁴ . Travaux d'extension du SIS afin de fonctionner dans 18 pays.

⁵⁰⁵ . Afin de vérifier le fonctionnement du SIS 1, il est prévu que les parties nationales du SIS (N.SIS) commencent de fonctionner le 1er janvier 2001 (l'accessibilité aux données). La décision passe aussi en revue les étapes de vérification déjà déroulées et les domaines qui satisfont déjà aux conditions requises.

pas toujours publiées, que ces conditions importantes ont été établies, puis évaluées, ce que seule une approche purement intergouvernementale pouvait autoriser.

III. Articulation des accords de Schengen avec le titre VI du TUE *post* Maastricht

Le traité de Maastricht, négocié en 1990, a été conclu le 2 février 1992, et est entré en vigueur le 2 novembre 1993. Les matières couvertes par les accords de Schengen sont *grosso modo* semblables à celles régies par le titre VI du TUE « Justice et affaires intérieures » (JAI) ⁵⁰⁶. L'incorporation ultérieure de l'acquis de Schengen par le traité d'Amsterdam dans le cadre de l'Union en atteste : en effet, la majeure partie ⁵⁰⁷ de cet acquis a été ventilée entre le nouveau titre IV du TCE (Visa, Asile, Immigration et 'autres politiques liées à la libre circulation des personnes') et le titre VI du TUE (Coopération judiciaire et policière en matière pénale) issus du traité d'Amsterdam ⁵⁰⁸. Or nous l'avons évoqué, ces deux titres, formant dorénavant le concept d'Espace de liberté, sécurité et justice, n'affectent pas réellement le champ d'action du troisième pilier originel relatif à la JAI. Il est vrai qu'à cette époque, des divergences subsistaient quant à la portée de l'article 7 A du TCE, comprenant ou non la libre circulation des personnes non ressortissantes de l'Union, et partant leur contrôle au passage des frontières intérieures. Il apparaît cependant que cette disposition n'a pas directement servi de base juridique de référence lors de l'incorporation de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union. Le développement ultérieur autonome de ce nouveau titre IV du TCE démontre par ailleurs que les domaines couverts par la Justice et les Affaires intérieures (puis du nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice) sont plus larges que ceux des accords de Schengen.

Une question se pose dès lors. On peut comprendre la volonté de certains États membres de poursuivre leurs efforts de coopération au lendemain de l'Acte unique, compte tenu de l'insuffisance des bases juridiques en la matière et de la divergence d'interprétation relativement à l'article 7 A en question. Mais comment expliquer que ces États aient continué sur leur lancée, et que mis à part le Danemark, le Royaume-

⁵⁰⁶ . *Comp.* par exemple les titres III et IV de la Convention d'application avec les points 7 à 9 de l'article K.1 du traité de Maastricht, ou encore le titre II avec les points 1 à 6 de l'article K.1.

⁵⁰⁷ . On verra effectivement que d'autres bases juridiques du TCE ont également été utilisées, tandis que certaines dispositions n'ont pas été intégrées.

Uni et l'Irlande, tous les autres États membres aient adhéré aux accords de Schengen à un moment où ils étaient en train de négocier, conclure voire de ratifier le traité de Maastricht ? Pourquoi avoir emprunté une double voie, (même si juridiquement, cela leur était permis ⁵⁰⁹) ?

La première réponse, la plus courante, réside sans doute, malgré tout, dans la faiblesse de la base juridique du titre VI dans le traité de Maastricht afférant au contrôle aux frontières intérieures : certes il se rapporte à la libre circulation des États tiers, mais dans le cadre plus large de la politique d'immigration, sans se référer explicitement au contrôle aux frontières intérieures, comme dans le traité d'Amsterdam. Tandis que la divergence d'interprétation de l'article 7 A, maintenant 14 du TCE subsiste.

Ceci étant, sans doute qu'au départ, même les États les plus intégrationnistes n'auraient pu accepter de partager leur souveraineté dans ces domaines politiquement très sensibles ⁵¹⁰. Un cadre purement intergouvernemental leur convenait donc mieux et leur conférait une grande flexibilité : en atteste la façon dont ils ont géré les conditions déterminant l'entrée en vigueur effective des accords (à coup de « déclarations », v. *supra*). Ensuite, quel eût été l'intérêt à renoncer d'emblée à un corpus de règles déjà existantes, et parfois déjà bien détaillées par la Convention d'application, tandis que le titre VI du TUE issu du traité de Maastricht demeurait de nature programmatique, et sa mise en œuvre très aléatoire, notamment compte tenu de l'unanimité qui restait de mise ? Un « tien » valait mieux que deux « tu l'auras ». Surtout, les britanniques avaient déjà fait montre de leurs réticences à coopérer dans ces domaines, fût-ce en raison de particularités propres et objectives (comme l'absence de carte d'identité, par exemple). Sans vouloir les exclure d'emblée, puisque les accords de Schengen étaient formellement ouverts à tous les États membres des Communautés ⁵¹¹, le Royaume-Uni était considéré comme une source de blocage potentiel. Ceci étant, on aurait pu imaginer, d'un point de vue juridique, de

⁵⁰⁸ . Sur cette question v. *infra*, Chapitre 12, section I.

⁵⁰⁹ . Sur cette question, v. le Chapitre 31.

⁵¹⁰ . Certains auteurs soulignent également que les accords de Schengen poursuivaient d'autres objectifs que la libre circulation des personnes, en y voyant davantage un souci de prévention à l'égard des criminels, et une crainte à l'égard de l'immigration clandestine, v. D. Bigo, cité in T. Balzacq, D. Bigo, S. Carrera and E. Guild, « Security and the Two-Level Game : The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats », CEPS working Document, n° 234/January 2006, p. 15

recourir à la même technique que celle opérée par le protocole social pour accommoder le Royaume-Uni (et partant l'Irlande) ; c'est d'ailleurs pratiquement la même formule qui sera reprise dans le protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union issu du traité de Maastricht.

Quoiqu'il en soit, compte tenu du chevauchement possible entre le droit Schengen et le droit de l'Union, l'article 134 de la Convention d'application prévoyait que ses dispositions « ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire » (entendez : aussi le futur TUE), sans toutefois reconnaître formellement la primauté du droit communautaire (qui s'imposerait cependant par elle-même) ⁵¹². La Cour de justice a d'ailleurs eu l'occasion d'appliquer cette règle à un cas particulier, après l'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union ⁵¹³. Il reste que d'aucuns avaient davantage à l'esprit l'idée de préfigurer le droit de l'Union, compte tenu de l'avantage naturel dont jouit la réglementation qui existe déjà ⁵¹⁴.

L'article 142, § 1 de la Convention d'application dispose de la même façon à propos des conventions « communautaires » conclues entre tous les États membres ⁵¹⁵, en imposant d'indiquer expressément ce qui est remplacé ou modifié dans les accords de Schengen par les conventions communautaires, voire d'adapter ces accords en cas de conflit, tout en tenant compte du fait que ceux-ci peuvent prévoir une « *coopération plus poussée* » que les conventions communautaires ⁵¹⁶.

⁵¹¹ . Article 140 de la Convention d'application.

⁵¹² . On observera qu'une telle formule ne prévoit pas non plus l'effacement des actes Schengen devant des actes communautaires au contenu identique.

⁵¹³ . Arrêt du 31 janvier 2006, *Commission v. Espagne*, C-503/03, points 32 à 37, *Rec I*-1097.

⁵¹⁴ . Au contraire, l'Allemagne était réticente à approfondir, dans le cadre de Schengen, la libéralisation des transports internationaux par route et la fiscalité en matière de transport, en raison du compromis communautaire qui devait aboutir au 1er janvier 1993 (G. Renault, précité, 1995, p. 47).

⁵¹⁵ . A cet égard, on pourrait se demander si le traité de Maastricht constitue aussi une « Convention » conclues entre les États membres.

⁵¹⁶ . L'article 142, § 1 de la Convention d'application dispose ainsi (*comp.* article 30 de la Convention de Vienne) :

« Lorsque des conventions sont conclues entre les États membres des Communautés européennes en vue de la réalisation d'un espace sans frontières intérieures, les Parties Contractantes conviennent des conditions dans lesquelles les dispositions de la présente Convention sont remplacées ou modifiées en fonction des dispositions correspondantes desdites conventions.

La question s'est posée précisément à propos de la Convention de Dublin du 15 juin 1990. Son entrée en vigueur tardive (au 1^{er} septembre 1997, au lieu du 1^{er} janvier 1993 initialement prévu) justifiait sans doute la poursuite de la mise en oeuvre de la Convention d'application de Schengen en cette matière. Néanmoins, le protocole de Bonn du 26 avril 1994 indiquera que les dispositions du chapitre 7 de la Convention d'application de 1990 traitant de la responsabilité pour le traitement d'asile cessent d'être applicables, agissant ainsi conformément au précepte de l'article 142 de la Convention d'application. Ceci marqua d'une certaine façon l'indépendance de la politique d'asile par rapport à la suppression des contrôles aux frontières intérieures.

* *
*

Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, la coexistence du système Schengen avec le développement de l'Espace de liberté, sécurité et justice dans le cadre institutionnel de l'Union a été jugée intenable. L'intégration des deux systèmes, et notamment la communautarisation d'une partie de l'acquis de Schengen ainsi que du titre VI du TUE originel n'a pu se réaliser qu'en accordant des exemptions ou un régime particulier à trois Etats membres : le Royaume-Uni, l'Irlande, et le Danemark. Ainsi l'acquis de Schengen intégré s'est-il transformé en une coopération renforcée « préétablie » au sein de l'Union, et se développera par le biais de coopérations renforcées, au sens du mécanisme général. Quant au développement du titre IV du TCE, il prendra aussi place au sein de multiples autres coopérations renforcées *mutatis mutandis* ⁵¹⁷.

Les Parties Contractantes tiennent compte, à cet effet, de ce que les dispositions de la présente Convention peuvent prévoir une coopération plus poussée que celle qui résulte des dispositions desdites conventions.

Les dispositions qui sont contraires à celles convenues entre les États membres des Communautés européennes sont adaptées en tout état de cause ».

⁵¹⁷ . Il y aurait bien entendu d'autres façons de présenter les choses. On se référera notamment utilement à G. Papagianni, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, précité 2001, pp. 111 et s. L'auteur reconnaît toutefois nonobstant la distinction habituelle entre la coopération renforcée prédéterminée « Schengen » et les *opt-out* danois et britannique relatifs au Titre IV du TCE « result in the same thing » (p. 113). Du même auteur, v. aussi *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

CHAPITRE 12. — LES COOPÉRATIONS RENFORCÉES RELATIVES À L'ACQUIS DE SCHENGEN

Aux termes de l'article 1er du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union (ci-après, Protocole « Schengen »), les treize signataires des accords de Schengen, à savoir tous sauf le Royaume-Uni et l'Irlande sont autorisés par l'ensemble des quinze États membres d'alors à instaurer entre eux une coopération renforcée « dans les domaines relevant du champ d'action des accords de Schengen »⁵¹⁸. Il est clairement indiqué que la coopération renforcée dont on parle relève bien du mécanisme général que nous avons examiné au Titre I de cette première Partie de notre étude ⁵¹⁹.

Une telle habilitation pourrait apparaître comme redondante avec celle relevant des articles 11 TCE et 40 TUE dès lors que, comme nous le verrons, une telle coopération renforcée ne pourrait se former que dans le cadre du *développement ultérieur de l'acquis de Schengen* : cet acquis pourrait alors tout aussi bien être développé au sein d'une coopération renforcée déclenchée sur base du mécanisme général, conformément aux bases juridiques des traités (qui recouvre en grande partie le champ d'action des accords de Schengen). En effet, d'un point de vue strictement formel, et contrairement à ce que le verbe « autoriser » pourrait laisser croire ⁵²⁰, cette habilitation n'a pas pour effet de créer directement une coopération renforcée : c'est seulement lorsque certaines conditions sont remplies ou certains faits établis que la décision initiale d'autorisation prévue par le mécanisme général est alors réputée accordée pour engager une coopération renforcée qui pourrait d'ailleurs comporter d'autres membres, nous y reviendrons. Le régime de la coopération renforcée s'applique alors de façon résiduelle, lorsque aucune disposition propre du protocole

⁵¹⁸ . La formule ne va pas sans rappeler celle du protocole sur la politique sociale accompagnant le traité de Maastricht, v. *supra* Chapitre 10.

⁵¹⁹ . V. également le 5^{ème} considérant du préambule.

⁵²⁰ . Nous avons considéré par le passé que le protocole « Schengen » constituait la première mise en œuvre d'une coopération renforcée, alors que les coopérations renforcées relatives au développement de l'acquis de Schengen demeurent encore à l'état de potentialité au moment de l'entrée en vigueur du protocole en question (H. Bribosia, « Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne – Bilan et perspectives du traité d'Amsterdam », *Cahiers de droit européen*, 1-2, 2000, pp. 89 et 90.) En

ne trouve à s'appliquer ; on y retrouvera en particulier sa « marque de fabrique », à savoir le mode de décision au sein d'un Conseil en formation « réduite », l'adaptation du vote à majorité qualifiée et le champ d'application limité des actes. Le caractère spécifique du régime établi par le protocole « Schengen » et sa prépondérance est reconnu par le mécanisme général, lequel prévoit expressément que ses dispositions n'affectent pas celles du protocole « Schengen »⁵²¹.

En revanche, les treize Etats membres en question constituent déjà *de facto*, au moment de l'entrée en vigueur du protocole « Schengen », avant même le développement ultérieur de l'acquis de Schengen, une « coopération renforcée » non seulement prédéterminée, mais même préétablie. En effet, sa création est concomitante à l'entrée en vigueur du protocole, tandis que tant ses participants que son objet, l'acquis de Schengen intégré, sont pareillement d'emblée déterminés. Quant au Danemark, signataires des accords de Schengen, il jouit d'un régime d'exception en raison de sa prétendue « position particulière ».

L'examen des coopérations renforcées « Schengen » requiert dès lors de distinguer deux moments différents. D'abord, l'intégration de l'acquis de Schengen, tel que défini par une annexe du protocole, dans le cadre juridique et institutionnel de l'Union, par l'entremise d'une coopération renforcée préétablie; ensuite, le développement de cet acquis conformément aux bases juridiques relevant du TCE ou du titre VI du TUE, le cas échéant par le biais de 'vraies' coopérations renforcées, au sens formel du mécanisme général.

Afin de permettre la comparaison entre le mécanisme général et ces diverses coopérations renforcées « Schengen » à l'épreuve de la pratique, on essaiera dans la mesure du possible de conserver la même structure d'analyse.

Enfin, dans la mesure où la Norvège et l'Islande avaient été associées aux accords de Schengen sur base d'un accord signé à Luxembourg le 19 décembre 1996, un nouvel

réalité, le protocole crée une « coopération renforcée » préétablie. C'est ce que nous développerons ci-dessous.

⁵²¹ . Articles 40, § 5 du TUE et 11, § 5 du TCE (*post* Amsterdam), article 43, i) (*post* Nice). Le traité constitutionnel n'a pas cru utile de rappeler cette évidence.

accord a été conclu le 18 mai 1999 pour tenir compte de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union ⁵²², nous y reviendrons au Chapitre 14 sur les relations extérieures de ces coopérations renforcées.

I. La « coopération renforcée » préétablie relative à l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union

A. Formation et objet de la coopération renforcée «Schengen intégré»

Depuis le 1er mai 1999, date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'acquis de Schengen développé en dehors de l'Union depuis ses débuts s'applique formellement aux treize signataires, dans le cadre institutionnel de l'Union. Il s'applique à eux par l'entremise d'une coopération renforcée préétablie dès lors qu'elle existe dès l'entrée en vigueur du traité, et que son objet et ses participants sont déjà désignés. En étant ainsi préétablie, elle est plus que simplement « prédéterminée » ⁵²³.

Toutefois, les participants effectifs à cette coopération renforcée se limitaient dans un premier temps aux signataires originaires des accords de Schengen ⁵²⁴, ainsi qu'aux États membres qui avaient ultérieurement adhéré à l'acquis de Schengen et dont les conditions d'adhésion étaient remplies avant la date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Quant aux adhérents qui n'avaient pas rempli ces conditions au jour dit, ils ne devaient participer de façon effective à la coopération renforcée préétablie qu'« à compter des dates fixées par le Conseil à l'unanimité (des Treize) » ⁵²⁵. On retrouve ainsi une première analogie avec le Conseil en formation « réduite » d'une coopération renforcée (sans précision toutefois sur la participation des deux autres États aux délibérations).

Nous avons vu que les derniers signataires des accords de Schengen étaient le Danemark, la Finlande et la Suède (le 19 décembre 1996). Les accords de Schengen

⁵²². Il faut aussi garder à l'esprit les implications du protocole Schengen sur l'Espace économique européen (EEE).

⁵²³. Sur ce concept, v. l'introduction générale et le Chapitre 27.

⁵²⁴. Il s'agit des États membres du Benelux, de la France et de l'Allemagne, v. *supra*.

⁵²⁵. Article 2, § 2 du protocole.

n'ont été pleinement et directement applicables à leur égard qu'au 25 mars 2001 (tout comme à la Norvège et à l'Islande) ⁵²⁶. Comme à ce moment, l'acquis de Schengen avait été intégré dans le cadre institutionnel de l'Union, la décision évoque maintenant « la mise en application » de l'acquis de Schengen. D'autre part, au 1^{er} mai 1999, le Conseil s'est substitué au comité exécutif, et le Secrétariat général du Conseil au Secrétariat de Schengen ⁵²⁷. L'acquis de Schengen devient également normalement justiciable devant la Cour de justice ⁵²⁸.

Les « mesures nécessaires à la mise en œuvre » de cette transmutation sont adoptées à l'unanimité des Treize ⁵²⁹, nouvelle analogie avec le Conseil en formation « réduite » d'une coopération renforcée.

En revanche, c'est à l'unanimité des Quinze que le Conseil se devait de déterminer *a posteriori*, pour chacune des dispositions ou décisions de l'acquis de Schengen ⁵³⁰, la base juridique « conformément aux dispositions pertinentes des traités ». C'est ce qu'il a fait au terme de deux décisions adoptées le 20 mai 1999, l'une pour définir précisément les dispositions constituant l'acquis de Schengen ⁵³¹, l'autre pour leur conférer une base juridique ⁵³². On a justifié que ce soient les Quinze, plutôt que les Treize, qui adoptent ces deux décisions importantes du fait que le Royaume-Uni et l'Irlande sont susceptibles d'adhérer ultérieurement à l'acquis de Schengen ⁵³³. Il n'a pourtant jamais été question, dans le régime commun du mécanisme de la coopération

⁵²⁶ . V. Décision du Conseil du 1^{er} décembre 2000 relative à la mise en application de l'acquis de Schengen au Danemark, en Finlande et en Suède, ainsi qu'en Islande et en Norvège (2000/777/CE) , précitée.

⁵²⁷ . Sur les modalités de l'intégration du Secrétariat Schengen dans le Secrétariat général du Conseil, v. la Décision du Conseil du 1^{er} mai 1999, *J.O.* L 119/49, du 7 mai 1999.

⁵²⁸ . Article 2, § 1, alinéa 3 du protocole « Schengen ».

⁵²⁹ . Article 2, § 1, alinéa 2 du protocole « Schengen ».

⁵³⁰ . Y compris donc les règles de droit primaire des accords de Schengen, ce qui accentue le caractère artificiel de la technique retenue pour intégrer la coopération *Schengen* dans le cadre de l'Union européenne.

⁵³¹ . Décision du 20 mai 1999 relative à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du TCE et du TUE, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis, *J.O.* L 176/1, du 10 juillet 1999.

⁵³² . Décision du 20 mai 1999 déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du TCE et du TUE, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen, *J.O.* L 176/17, du 10 juillet 1999.

⁵³³ . En ce sens, v. H. Kortenbergh, « Closer cooperation in the treaty of Amsterdam », *CMLRev*, 1998, p. 841.

renforcée, que tous les États membres aient leur mot à dire dans le choix de la base juridique pour fonder une action entreprise au sein d'une coopération renforcée sous prétexte que tous les États membres sont un jour susceptibles d'y adhérer. Au contraire, les participants ultérieurs doivent se plier à l'acquis de la coopération renforcée, y compris donc au choix de la base juridique (quitte à la remettre en question lors d'un recours juridictionnel) ⁵³⁴.

Outre la définition de l'acquis de Schengen, la première décision du 20 mai 1999 s'attache à déterminer les nombreuses dispositions pour lesquelles il a été jugé « inutile », « pas nécessaire » ou « pas opportun » de désigner une base juridique figurant dans les traités fondant l'Union européenne, sans que cela n'ait pour effet, est-il précisé, « de les priver d'existence (ou) de validité juridique », et sans que cela n'affecte les effets juridiques des actes toujours en vigueur adoptés sur base de ces dispositions. Parmi les motifs invoqués pour ne pas rattacher certaines dispositions de l'acquis de Schengen auxdits traités, on notera avec intérêt que certaines d'entre elles ont été considérées comme ne figurant pas parmi les actions ou les objectifs de la Communauté ou de l'Union, et dès lors comme relevant de « domaines pour lesquels les États membres se sont réservé toute liberté d'agir » ⁵³⁵.

Les bases juridiques désignées par la deuxième décision du Conseil ne concernent donc qu'une partie (certes majeure) des dispositions de l'acquis de Schengen ainsi sélectionnées. Ces bases juridiques résident pour l'essentiel dans le nouveau titre IV du TCE ⁵³⁶ et dans le titre VI du TUE remanié concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale ⁵³⁷, mais aussi dans le protocole Schengen lui-même ⁵³⁸. L'on observera que dans quelques cas, la base juridique retenue figure dans d'autres dispositions du TCE, à savoir l'article 95 (ancien article 100 A), l'article 152 (ancien

⁵³⁴ Sur l'article 43 B du TUE, v. *supra* Titre I.

⁵³⁵. Il s'agissait pour l'essentiel de certaines décisions du Comité exécutif concernant le réseau SIRENE ou le Système d'information Schengen (SIS), principalement — mais pas uniquement — d'ordre financier. Ces actes conservaient dès lors la même valeur qu'au moment des accords de Schengen (mais en principe sans plus aucune structure pour évoluer...). Un autre motif invoqué est le caractère non contraignant de certaines dispositions de l'acquis de Schengen. Pourtant, certaines déclarations du Comité exécutif ont été sélectionnées et se sont vu attribuer une base juridique dans le TUE.

⁵³⁶. En particulier les articles 62 et 63 du TCE.

⁵³⁷. En particulier les articles 30, 31, 32 du TUE combinés avec l'article 34 du TUE.

⁵³⁸. Seulement l'article 2 du protocole Schengen.

article 129, relatif à la santé publique), ou encore l'article 207 (accès aux documents). En revanche, on notera aussi avec intérêt que ni les articles 14 et 18 du TCE (ex articles 7A et 8A), ni les chapitres 1 et 2 du titre III du TCE ne sont jamais visés, bien qu'ils traitent également de la libre circulation des personnes.

Une telle « ventilation » de l'acquis de Schengen a pour effet de déterminer notamment la compétence de la Cour de justice à l'égard des dispositions sélectionnées (premier ou troisième pilier), ainsi que les bases juridiques pour le développement ultérieur de ces dispositions, en d'autres mots la procédure décisionnelle et la forme des actes à adopter dans le futur pour modifier, remplacer ou compléter l'acquis de Schengen. Le protocole « Schengen » prévoyait d'autre part que, tant que le classement de certaines dispositions de l'acquis de Schengen n'aura pas été opéré, il devrait être considéré, pour tous les membres de la coopération renforcée « Schengen intégré », comme relevant du troisième pilier (tel que remanié par le traité d'Amsterdam) ⁵³⁹. Ce fut encore le cas pour un certain nombre de dispositions de l'acquis de Schengen qui, bien que sélectionnées, faisaient encore l'objet de désaccords entre les Quinze pour leur attribuer une base juridique correspondante ⁵⁴⁰.

Le Danemark a obtenu en la matière un régime d'exception : ses relations avec les douze autres signataires seront toujours considérées comme relevant du troisième pilier (du moins fictivement, au niveau des implications institutionnelles), même après la ventilation d'une partie de l'acquis sous le nouveau titre IV du TCE, opération à laquelle il aurait pourtant participé. C'est du moins ce qui résulte littéralement de l'article 3 du protocole. Il y a cependant tout lieu de croire que la volonté des rédacteurs de ce protocole fut autre, à savoir opérer une distinction entre les dispositions de l'acquis de Schengen « ventilées » sous le nouveau titre IV du TCE et celles ventilées sous le titre VI TUE: les premières devraient continuer de constituer des obligations de droit international, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 5 du protocole sur la position du Danemark en ce qui concerne le développement ultérieur de l'acquis de Schengen sur base du titre IV en question (voir *infra*). Autrement dit, la

⁵³⁹. Article 2, § 1, dernier alinéa du protocole Schengen

situation à prendre en compte pour le Danemark ne serait pas celle avant la « ventilation »⁵⁴¹ (« la détermination visée à l'article 2, paragraphe 1, deuxième alinéa ») mais celle avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ⁵⁴².

B. Participation ultérieure à la coopération renforcée « Schengen intégré »

Dès l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Royaume-Uni et l'Irlande ont pu à tout moment demander de participer à tout ou partie de l'acquis Schengen tel qu'intégré dans l'Union. Le Conseil statue sur cette demande à l'unanimité des Treize (à l'instar de la procédure relative à la participation ultérieure à une coopération renforcée) ⁵⁴³. Au lendemain du Sommet d'Amsterdam de la mi-juin 1997, le Royaume-Uni contestait avoir accepté que l'unanimité des Treize soit de mise pour pouvoir adhérer à l'acquis de Schengen. Le fait vaut d'être relevé : pour une fois, la délégation britannique préconisait le recours au vote à la majorité qualifiée... La déclaration n° 45 annexée à l'Acte final du traité d'Amsterdam précise cependant que tout sera mis en oeuvre pour permettre aux deux États, s'ils le souhaitent, d'adhérer à l'acquis Schengen dès l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam.

Très vite, le Royaume-Uni fit la demande ⁵⁴⁴ de participer à une partie de l'acquis de Schengen concernant principalement le Système d'information Schengen (SIS), mais aussi d'autres dispositions de la convention d'application de 1990 concernant la coopération policière, l'entraide judiciaire en matière pénale, et l'extradition. Le Conseil (en principe dans sa formation à Treize, mais aucune mention de la décision du Conseil n'y fait allusion) y donna droit, en acceptant dès lors une application partielle à l'égard du Royaume-Uni de l'acquis de Schengen, en laissant notamment de côté toutes les questions liées au franchissement des frontières intérieures et

⁵⁴⁰. Il s'agissait principalement des articles 92 à 119 de la Convention d'application de 1990 précitée, ainsi qu'un certain nombre de décisions du Comité exécutif concernant le SIS.

⁵⁴¹. Car avant la ventilation, tout l'acquis Schengen doit être considéré comme relevant du titre VI du TUE.

⁵⁴². En ce sens, v. aussi F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union Law*, précité, 1999, p. 100.

⁵⁴³. Article 4 du protocole. *Comp.* avec la procédure de participation ultérieure retenue par le mécanisme de la coopération renforcée (articles 40, § 3 du TUE et 11 § 3 du TCE).

⁵⁴⁴. De façon relativement informelle, par le biais de trois lettres.

extérieures ⁵⁴⁵. La décision du Conseil indique de façon détaillée toutes les dispositions de la convention d'application et de l'acquis de Schengen qui leur deviennent applicables. On notera au passage que la sécurité juridique n'est pas toujours de mise dès lors que certaines dispositions (par hypothèse, horizontales) sont indirectement applicables « dans la mesure où » elles « ont trait » ou « ont un lien » avec les dispositions rendues applicables. La décision soumet également l'application effective de cet acquis aux conditions habituelles, en prévoyant de fixer plus tard des dates distinctes selon le domaine des dispositions envisagées, voire des modalités techniques touchant par exemple à la protection des données ⁵⁴⁶. Ces dates et autres modalités techniques seront adoptées à l'unanimité du Conseil des Treize et du représentant britannique, tout comme les décisions relatives au champ d'application territorial exact des dispositions rendues applicables au Royaume-Uni ⁵⁴⁷. Il est également prévu qu'un arrangement interne précisera les modalités de la participation d'experts britanniques au groupe de travail du Conseil (correspondant au Comité permanent d'application de la Convention de Schengen). Deux décisions du Conseil postérieures à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam sont également rendues applicables au Royaume-Uni (qui n'y avait donc sans doute pas pris part), concernant le réseau SIRENE et l'infrastructure de communication SISNET ⁵⁴⁸.

Le Conseil adopta le même type de décision, le 28 février 2002, à propos de l'Irlande près de deux ans plus tard ⁵⁴⁹, en y ajoutant trois actes du Conseil qui lui sont rendus applicables ⁵⁵⁰. En principe, l'Irlande n'a pas pu prendre part au vote de cette décision, tandis qu'il est peu aisé de savoir si le Royaume-Uni y a pris part, et en avait le droit.

Une dernière question se pose à ce stade : est-il nécessaire d'amender le droit primaire pour conférer un statut normal à ces deux États membres ? En principe oui, mais on

⁵⁴⁵ . Décision du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, *J.O.* L 131 du 1.6.2000, p. 43

⁵⁴⁶ . Article 6 de la décision du 29 mai 2000.

⁵⁴⁷ . Article 5, § 1 de la décision du 29 mai 2000.

⁵⁴⁸ . Mentionnées à l'article 7 de la décision du 29 mai 2000.

⁵⁴⁹ . Décision du Conseil du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, *J.O.* L 64 du 7.3.2002, p. 20.

pourrait imaginer d'arriver au même résultat si le Royaume-Uni demandait à participer à tout l'acquis sans exception. Quant au Danemark, difficile de savoir si la procédure simplifiée de renonciation à son régime spécial est de mise à cet endroit⁵⁵¹.

C. Les changements effectués dans la Constitution

S'agissant de la participation ultérieure à la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré », la Constitution maintient le régime des traités en vigueur : le Conseil statue à l'unanimité des participants sur une demande de participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande à tout ou partie de l'acquis de Schengen tel qu'il a été intégré dans le cadre de l'Union⁵⁵².

En revanche, quelques adaptations sont à relever quant à la formulation du statut de cette coopération renforcée « préétablie ». En effet, au moment d'élaborer la Constitution, l'intégration de l'acquis de Schengen et la ventilation des bases juridiques ont été réalisées, tandis que le caractère effectif de la participation des 15 États membres est de mise⁵⁵³. L'article 2 du nouveau Protocole « sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union » a dès lors pu être grandement simplifié : il se résume dorénavant à rappeler que l'acquis de Schengen s'applique aux 23 États membres (et non plus 13), à savoir tous sauf le Royaume-Uni et l'Irlande, et sous réserve du régime particulier du Danemark.

Concernant ce dernier, l'ambigu article 3 du Protocole « Schengen » a été supprimé. Le nouvel article 3 se borne à un renvoi au nouveau protocole danois relatif au développement ultérieur de l'acquis de Schengen. En réalité, celui régit aussi la position du Danemark par rapport à l'acquis de Schengen intégré, fût-ce de façon sibylline : il « conserve » à l'égard de cet acquis « les droits et obligations existant avant l'entrée en vigueur du traité (constitutionnel)⁵⁵⁴. Cette technique, consistant en fait à préserver les effets de l'article 3 du Protocole « Schengen », s'explique sans

⁵⁵⁰ . Deux décisions concernant le SIS II, ainsi que la décision précitée du 1er janvier 2000.

⁵⁵¹ . Sur la faculté d'*opt-in* constitutionnelle, v. *infra*, article 7 du protocole sur le Danemark.

⁵⁵² . Article 4 du nouveau protocole « Schengen ».

⁵⁵³ . Article 3 de l'acte d'adhésion de 2003.

⁵⁵⁴ . Article 4, § 2 du nouveau protocole « danois ».

doute par la difficulté à se mettre d'accord sur l'interprétation exacte de cette disposition (obligation de droit international ou environnement du troisième pilier ? v. *supra*), sans compter la difficulté de maintenir pour les besoins de la cause un environnement, celui du troisième pilier, qui n'existerait plus après l'entrée en vigueur de la Constitution. Elle résulte peut-être aussi de la difficulté à établir la correspondance exacte, dans la Constitution, de ce que couvre exactement le titre IV du TCE (ainsi que nous le verrons ci-dessous).

II. Coopération(s) renforcée(s) « réputée(s) autorisée(s) » pour le développement ultérieur de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union

Pour ce qui est du développement ultérieur de l'acquis de Schengen ⁵⁵⁵, le groupe des Treize agira par l'entremise d'une coopération renforcée, ou plus précisément, de coopérations renforcées, en se basant sur les « dispositions pertinentes des traités » CE et UE. Ainsi, les dispositions pertinentes des TCE et TUE serviront de bases juridiques et indiqueront les procédures de décision à suivre pour compléter, modifier ou remplacer les actes relevant de l'acquis de Schengen.

A. Statut des non participants (éventuels) : le Royaume-Uni et l'Irlande

Toutefois, le Royaume-Uni et l'Irlande ont le loisir, par simple notification dans un délai raisonnable, de participer à l'adoption de ces nouvelles mesures. La déclaration n° 46 annexée à l'Acte final du traité d'Amsterdam précise que les 15 États membres doivent tout mettre en oeuvre pour agir à quinze, ce qui est comparable à la condition du dernier ressort prévue à l'article 43 du TUE. Il n'est pas précisé que ces deux États membres doivent au préalable avoir adhéré à l'acquis pour prendre part à l'adoption de nouvelles mesures correspondantes, ce qui serait pourtant logique dès lors qu'il est question de « propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen ». En outre, contrairement à la participation ultérieure à l'acquis intégré (v. *supra*), leur volonté éventuelle de prendre part à de nouvelles mesures n'est pas soumise à une décision du Conseil, ce qui accentue le caractère « à la carte ». A ce stade, il s'agit en réalité d'une

⁵⁵⁵ . Article 5 du nouveau protocole « Schengen ».

clause d'*opt-in/out*, avant la formation éventuelle d'une coopération renforcée en bonne et due forme (et donc relativement indépendamment de la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré »).

En effet, ce n'est que si l'un des deux États en question ne désire pas participer à la négociation, que le groupe des Treize (ou Quatorze, le cas échéant) pourra agir conformément au régime commun du mécanisme de la coopération renforcée, ce qui est conforme à la condition du dernier ressort que souligne aussi le préambule du protocole Schengen. L'article 5 du protocole prévoit cependant que l'autorisation des Quinze sera réputée accordée ⁵⁵⁶. Cette technique évoque celle déjà évoquée, dans le traité constitutionnel, concernant le déclenchement d'une coopération renforcée dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile ⁵⁵⁷.

Telle était du moins la situation avant les décisions précitées du 29 mai 2000 et du 28 février 2002 relatives aux demandes, respectivement du Royaume-Uni et de l'Irlande, de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen intégré. En effet, ces décisions prévoient, respectivement dans leur article 8, § 2 et 6, § 2, que ces États sont réputés avoir notifié irrévocablement leur souhait de participer au développement des dispositions de l'acquis de Schengen auxquelles ils se sont ralliés. Dans tous ces cas, il n'y aura pas de coopération renforcée à proprement parler en cette matière (sous réserve du statut du Danemark, v. *infra*).

Il reste que contrairement à la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré », la coopération renforcée relative au développement de l'acquis relève de la potentialité ; tous les participants n'y sont pas exactement déterminés, ni l'objet précis de la nouvelle mesure envisagée. Les aménagements du cadre constitutionnel de l'Union pour la mise en œuvre du mécanisme général de la coopération renforcée (Conseil en formation « réduite », champ d'application des actes formellement limité aux participants) ainsi que les procédures relatives à la participation ultérieure sont de mise. Il est cependant plus correct, non de parler d'une coopération renforcée en la

⁵⁵⁶. En revanche, si les Quinze négocient ensemble mais sans aboutir, le mécanisme de la coopération renforcée devrait sans doute s'appliquer normalement, notamment moyennant une autorisation préalable et en respectant la condition du dernier ressort.

⁵⁵⁷. V. *supra*, Chapitre 5, section I, B., point 2.

matière, mais de « coopérations renforcées », au pluriel. En effet, la pratique confirme que celles-ci sont constituées au cas par cas, chaque fois en fonction d'un acte déterminé, ou plutôt d'une proposition d'acte à négocier au sein du Conseil.

Enfin, il y a lieu de noter que seule une révision du « protocole Schengen », conformément à la procédure de révision des traités, pourrait modifier le régime particulier accordé au Royaume-Uni et à l'Irlande ⁵⁵⁸. Libres à eux toutefois de participer ultérieurement à toutes les éventuelles coopérations renforcées (celles qui auront été réputées autorisées), suivant la procédure prévue à cet effet par le mécanisme général.

B. Statut spécial d'un non participant partiel : le Danemark

Le Danemark bénéficie également d'un régime particulier en la matière. Il pourrait sembler curieux que celui-ci ne figure pas dans le protocole « Schengen », mais bien dans le protocole sur la position du Danemark ⁵⁵⁹. La raison de cette technique législative réside sans doute dans le fait que le protocole « danois » déroge lui-même au protocole « Schengen ».

Nous avons erronément estimé dans le passé que le Danemark prenait part au développement de l'acquis de Schengen fondé sur le titre IV du TCE. D'une part le Danemark fait partie de la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré » ⁵⁶⁰ au même titre qu'il était signataire des accords ; à ce titre, il est lié par cet acquis. D'autre part, l'article 5 du protocole « danois » se réfère au Conseil dans une formation qui ne semblait pas exclure le Danemark pour adopter les actes développant l'acquis de Schengen fondé sur le titre IV du TCE ⁵⁶¹. La pratique révèle cependant une autre réalité : le Danemark est exclu du processus de décision pour développer cet acquis, sur base des articles 1 et 2 du protocole « danois », de la même façon que pour

⁵⁵⁸ . Dans le même sens, G. Papagianni, (« Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », précité, 2001, p. 115) qui relève toutefois justement que le caractère favorable des clauses d' *opt-in* ne devrait pas les inciter à vouloir procéder de la sorte (p. 116).

⁵⁵⁹ . Article 5 du protocole sur la position du Danemark.

⁵⁶⁰ . Article 1^{er} du protocole « Schengen ».

⁵⁶¹ . En ce sens, H. Bribosia, précité, *CDE*, 2000, p. 94.

les actes adoptés sur base du titre IV du TCE autres que comme développement de l'acquis de Schengen (v. infra) ; il n'est donc pas lié par les actes qui en dérivent ⁵⁶².

C'est ce qui résulte notamment de l'article 2 du Protocole « danois » qui dispose que « *Aucune des dispositions du titre IV du TCE, aucune mesure adoptée en application de ce titre, aucune disposition d'un accord international conclu par la Communauté en application de ce titre et aucune décision de la Cour de justice interprétant ces dispositions ou mesures, ne lie le Danemark ou n'est applicable à son égard. Ces dispositions, mesures ou décisions ne portent en rien atteinte aux compétences, aux droits et aux obligations du Danemark. Ces dispositions, mesures ou décisions ne modifient en rien l'acquis communautaire et ne font pas partie du droit communautaire tels qu'ils s'appliquent au Danemark* ».

Autrement dit, le Danemark fait formellement partie de la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré », fût-ce selon un régime particulier (v. supra). A ce titre, contrairement au Royaume-Uni et à l'Irlande, il participe automatiquement à certains développements de l'acquis de Schengen, notamment ceux fondés sur le titre VI du TUE. Toutefois, en vertu du protocole « danois », le Danemark est exclu de la mise en œuvre du titre IV du TCE comme développement de l'acquis de Schengen : il ne prend donc pas non plus part à certaines coopérations renforcées « réputées approuvées », et le cas échéant il deviendra le seul non participant de coopérations renforcées *de facto*. Logiquement, le Danemark est exempté, non seulement des actes de mises en œuvre du titre IV du TCE, comme dans une coopération renforcée *senso stricto*, mais il l'est aussi à l'égard des dispositions du titre IV lui-même (tandis qu'il participait de façon normale au développement du titre VI originel du TUE).

Néanmoins, le Danemark conserve aussi la faculté de décider, dans les six mois suivant l'entrée en vigueur des nouvelles mesures, d'appliquer celles-ci ou non, selon une procédure s'éloignant passablement de celle prévue par le mécanisme général de la coopération renforcée. Ainsi, s'il décide de se plier à une nouvelle mesure, il la

⁵⁶² . V. par exemple le considérant (13) du Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 précité (SIS II) « Conformément aux articles 1er et 2 du protocole sur la position du Danemark, annexé au TUE et au TCE, cet État ne participe pas à l'adoption du présent règlement et n'est donc pas lié par ce dernier ni soumis à son application ».

transposera dans son droit national, mais elle ne sera considérée comme ne créant qu'une « obligation de droit international » entre le Danemark et les douze autres États membres (voire, le cas échéant, le Royaume-uni et/ou l'Irlande) ⁵⁶³. Cette nouvelle mesure ne serait donc même pas considérée comme relevant du titre VI du TUE, ce qui est pourtant le cas de l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union (du moins si l'on respecte la lettre de l'article 3 du protocole « Schengen », v. *supra*), et ce qui est aussi le cas pour le développement du titre VI du TUE.

Par « obligation de droit international », il faut probablement comprendre que les nouvelles mesures développant l'acquis de Schengen et fondées sur le nouveau titre IV du TCE auront le même statut que le droit de Schengen dans son cadre intergouvernemental hors Union, avant l'intégration de l'acquis dans celle-ci. Ainsi, ces nouvelles mesures ne devraient pas être approuvées par le Parlement danois, mais l'effet direct serait exclu dans l'ordre juridique danois. La compétence des Cours et tribunaux danois ⁵⁶⁴ serait donc pareillement exclue, du moins tant que des mesures nationales n'ont pas transposé ou mis en oeuvre les nouvelles mesures communautaires. Surtout, la Cour de justice serait écartée de toute compétence en la matière, du moins pour ce qui est des relations du Danemark ou de leurs ressortissants avec les autres États membres ou leurs ressortissants. L'on pressent déjà les conflits inextricables de lois et de juridictions qui risquent de surgir en ce domaine.

Si au contraire le Danemark décide de ne pas appliquer une nouvelle mesure du Conseil, les Treize ⁵⁶⁵ (donc y compris le Danemark) examineront les mesures à prendre, apparemment de façon consensuelle et purement intergouvernementale (hors Conseil).

Enfin, contrairement au Royaume-Uni et à l'Irlande (qui ont besoin d'une révision des traités), il semble que le Danemark puisse plus facilement normaliser sa situation, en

⁵⁶³ . V. la suite du considérant (13) du Règlement n° 2424/2001 précité « Vu que le présent règlement vise à développer l'acquis de Schengen en application des dispositions du titre IV, troisième partie, du TCE, le Danemark décide, conformément à l'article 5 dudit protocole dans un délai de six mois après l'adoption du présent instrument, s'il transpose celui-ci dans son droit national »

⁵⁶⁴ . Voire d'autres États membres, dans la mesure où certaines dispositions du droit de Schengen seraient d'application personnelle plutôt que territoriale.

⁵⁶⁵ . Mais apparemment pas le Royaume-Uni ni l'Irlande même si l'un d'eux prenait part au développement des mesures en question (*comp.* article 5, § 1 et § 2 du protocole « danois »).

renonçant en tout ou en partie à son régime spécial, par une simple information (mais conformément à ses prescriptions constitutionnelles, ce qui va de soi) ⁵⁶⁶. Auquel cas, « le Danemark appliquera intégralement toutes les mesures pertinentes alors en vigueur, prises dans le cadre de l'Union européenne ». En revanche, aucune procédure de participation ultérieure analogue à celle prévue pour une coopération renforcée n'est prévue.

C. Les coopérations renforcées « développement de Schengen » dans la pratique

1. Les coopérations renforcées effectives

Il n'est guère aisé de savoir combien de coopérations renforcées exactement auront finalement été effectivement mises en oeuvre dans le cadre du développement de l'acquis de Schengen. A l'examen, la pratique s'avère en effet peu cohérente en la matière.

Dans certains cas, mais ils sont plutôt rares, le préambule des actes développant l'acquis de Schengen se réfère expressément au fait qu'il « constitue la poursuite du développement des dispositions à l'égard desquelles une coopération renforcée a été autorisée par le protocole Schengen » (Décision 596/2000) ⁵⁶⁷ ; ou encore au fait que les dispositions concernent les « Etats membres qui participent à la coopération renforcée visée à l'article 1^{er} du protocole intégrant l'acquis de Schengen » (Règlement 789/2001) ⁵⁶⁸. Dans le premier cas, relevant du titre VI du TUE, dès lors que le Danemark y participe, et aussi le Royaume-Uni suite à sa demande, cette référence sert sans doute à signaler que l'Irlande est restée en dehors de l'adoption et de l'application de la décision en question. Dans le second cas, il s'agit probablement de confirmer qu'outre le Danemark, dont l'exclusion est explicitement rappelée

⁵⁶⁶ . Article 7 du protocole sur la position du Danemark.

⁵⁶⁷ . 2000/596/CE: Décision du Conseil du 28 septembre 2000 portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés, *J.O.* n° L 252 du 06/10/2000, p. 12. Le considérant (8) se réfère erronément à une coopération plus étroite, ce qui est une traduction littérale de “ closer cooperation”, entre-temps devenu « enhanced cooperation ».

⁵⁶⁸ . Règlement (CE) n° 789/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, *J.O.* n° L 116 du 26/04/2001, p. 2, v. considérant (2).

(considérant 12), le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas. Dans d'autres cas, également peu fréquents, le préambule se réfère à l'article 1^{er} du protocole Schengen. Ainsi, dans le Règlement 790/2001⁵⁶⁹, c'est conformément à cet article 1^{er} qu'« *une coopération dans le cadre de l'acquis de Schengen est conduite dans le cadre juridique et institutionnel de l'Union et dans le respect des dispositions pertinentes du TUE et du TCE* » : ici aussi il s'agit sans doute de signaler la non-participation du Royaume-Uni et de l'Irlande.

Dans d'autres cas, une coopération renforcée est effectivement mise en œuvre de façon plus implicite. Le préambule des actes, voire leur formule finale (v. infra) informent de la non participation d'un ou plusieurs des trois États en question, tandis que la référence au cadre du développement de l'acquis de Schengen ne fait aucun doute. Cette référence est automatiquement signalée par le fait que l'acte concerne l'Islande et la Norvège, parties adhérentes aux accords de Schengen, et à partir de 2004, qu'il concerne aussi les dix nouveaux États membres conformément à l'article 3, § 1 de l'acte d'adhésion de 2003, au titre d'un développement de l'acquis de Schengen. Il en ira de même plus tard en ce qui concerne la référence à la Suisse. Elle est en outre fréquemment signalée par une allusion aux articles 8, § 2 et/ou 6, § 2 des décisions du 29 mai 2000 et du 28 février 2002 évoquées ci-dessus (ou à ces deux décisions de façon générale) concernant la participation au développement d'une partie de l'acquis de Schengen, respectivement du Royaume-Uni et de l'Irlande⁵⁷⁰; elle peut également être signalée par une référence à l'article 5 du protocole Schengen qui habilite ces deux États à faire une telle demande en ce sens, ou encore à l'article 5 du protocole danois, qui vise la participation ultérieure du Danemark aux actes adoptés pour développer l'acquis de Schengen.

⁵⁶⁹ . Règlement (CE) n° 790/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à la mise en œuvre du contrôle et de la surveillance des frontières, *J.O.* n° L 116 du 26/04/2001, p. 5, v. considérant 3.

⁵⁷⁰ . Dans un cas, alors que la proposition de la Commission se référait à l'article 8, § 2 en question (COM/2001/259 final), plus aucune référence n'apparaît dans l'acte final, comme si on considérait dorénavant que l'acte, qui concerne tous les États membres, était adopté sur base du titre VI du TUE sans constituer un développement de l'acquis de Schengen (Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, *J.O.* n° L 335 du 11/11/2004 p. 8).

Il en va par exemple ainsi pour une série de décisions concernant les instructions consulaires communes ⁵⁷¹, pour la décision 2004/574 concernant le manuel commun ⁵⁷², pour la Directive 2002/90 concernant le séjour irrégulier⁵⁷³ ainsi que pour d'autres règlement développant l'acquis de Schengen relevant du titre IV du TCE, comme les Règlements 1295/2003, 415/2003, 871/2004, 2133/2004 touchant à la circulation des personnes ⁵⁷⁴. Tous ces actes ne concernent aucun des trois États membres en question. Il en va de même pour la Directive 2004/82 qui ne concerne pas le seul Danemark ⁵⁷⁵. C'est également le cas du Règlement 2424/2001 ⁵⁷⁶ et de la Décision 2001/886 ⁵⁷⁷ relatifs au SIS II, applicables au Royaume-Uni qui a pris part à leur adoption, mais à propos desquels rien n'est indiqué en ce qui concerne l'Irlande (qui ne devrait en principe pas être partie prenante), tandis que seule la décision SIS

⁵⁷¹ . 2004/14/CE: Décision du Conseil du 22 décembre 2003 modifiant le troisième alinéa (Critères de base pour l'introduction de la demande) de la partie V des instructions consulaires communes, *J.O* n° L 005 du 09/01/2004 p. 74 ; 2004/15/CE: Décision du Conseil du 22 décembre 2003 modifiant le point 1.2 de la partie II des instructions consulaires communes et établissant une nouvelle annexe à ces instructions, *J.O.* n° L 005 du 09/01/2004, p. 76 ; 2004/17/CE: Décision du Conseil du 22 décembre 2003 modifiant la partie V, point 1.4, des instructions consulaires communes et de la partie I, point 4.1.2, du manuel commun en vue d'inclure l'assurance-maladie en voyage dans les justificatifs requis pour l'obtention du visa uniforme, *J.O.* n° L 005 du 09/01/2004, p. 79.

⁵⁷² . 2004/574/CE: Décision du Conseil du 29 avril 2004 modifiant le manuel commun, *J.O.* n° L 261 du 06/08/2004, p. 36.

⁵⁷³ . Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *J.O.* n° L 328 du 05/12/2002, p. 18

⁵⁷⁴ . Règlement (CE) n° 1295/2003 du Conseil du 15 juillet 2003 relatif à des mesures visant à faciliter les procédures de demande et de délivrance de visa pour les membres de la famille olympique participant aux jeux Olympiques et/ ou paralympiques de 2004 à Athènes, *J.O.* n° L 183 du 22/07/2003 p.1 ; Règlement (CE) n° 415/2003 du Conseil du 27 février 2003 relatif à la délivrance de visas à la frontière, y compris aux marins en transit *J.O.* n° L 064 du 07/03/2003 p.1 ; Règlement (CE) n° 871/2004 du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *J.O.* n° L 162 du 30/04/2004 p. 29 ; Règlement (CE) n° 2133/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 concernant l'obligation pour les autorités compétentes des États membres de procéder au compostage systématique des documents de voyage des ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières extérieures des États membres, et modifiant à cette fin les dispositions de la Convention d'application de l'accord de Schengen et le manuel commun, *J.O.* n° L 369 du 16/12/2004 p.5.

⁵⁷⁵ . Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, *J.O.* n° L 261 du 06/08/2004, p. 24

⁵⁷⁶ . Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), *J.O.* n° L 328 du 13/12/2001 p. 4. Concernant ce règlement, les considérants (9) et (11) indiquent que le Royaume-Uni participe, conformément à l'article 8, § 2 de la décision du 29 mai 2000, mais suite à sa notification de participer, conformément à l'article 3 du protocole « britannico-irlandais », ce qui semble indiquer que son champ d'application va au-delà d'un développement de l'acquis de Schengen.

⁵⁷⁷ . 2001/886/JAI: Décision du Conseil du 6 décembre 2001 relative au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), *J.O.* n° L 328 du 13/12/2001 p. 1.

II (adoptée sur base du titre VI du TUE) engage le Danemark. Quant à la Décision 2003/725 JAI, elle « ne lie pas l'Irlande », ni le Danemark ⁵⁷⁸.

Dans tous ces cas, l'on peut dès lors affirmer être en présence de coopérations renforcées « développement de Schengen » au sens du mécanisme général ; elles procèdent, soit de la non participation facultative du Royaume-Uni et/ou de l'Irlande, soit de la non participation partielle du Danemark, à savoir dans la mise en œuvre du titre IV du TCE.

En revanche, dans bon nombre de cas visant en principe à développer l'acquis de Schengen sur base du titre IV du TCE, le préambule de l'acte examiné fait part de la non-participation du Royaume-Uni et/ou de l'Irlande par référence à l'article 1er du protocole « britannico-irlandais », ou de leur participation à la négociation en vertu de l'article 3 dudit protocole, ou encore de leur faculté d'y adhérer ultérieurement, conformément à l'article 4 dudit protocole ⁵⁷⁹. Cette référence au protocole « britannico-irlandais » est difficilement compréhensible.

La contradiction est frappante lorsque le Danemark ne participe pas non plus : référence est alors faite à l'article 5 du protocole « danois » qui vise sans équivoque le développement de l'acquis de Schengen. Tel est par exemple le cas du Règlement 1091/2001⁵⁸⁰, de la Directive 2001/40/CE ⁵⁸¹, des Directives 2001/51/CE ⁵⁸² et 2003/110 ⁵⁸³, des décisions 2002/44, 2002/352, 2002/354, 2002/585 – 586 et 587, qui

⁵⁷⁸ . 2003/725/JAI: Décision 2003/725/JAI du Conseil du 2 octobre 2003 modifiant les dispositions de l'article 40, paragraphes 1 et 7, de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *J.O.* L 260 du 11.10.2003, p. 37, article 2.

⁵⁷⁹ . En l'occurrence en suivant la procédure de participation ultérieure prévue par le mécanisme général, v. *infra*.

⁵⁸⁰ . Ne concerne ni le Royaume-Uni ni l'Irlande : Règlement (CE) n° 1091/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, *J.O.* n° L 150 du 06/06/2001, p. 4)

⁵⁸¹ . Ne concerne pas le Royaume-Uni, et en principe l'Irlande non plus (bien que rien ne soit indiqué à son égard) : Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *J.O.* n° L 149 du 02/06/2001, p. 34.

⁵⁸² . Concerne le Royaume-uni, mais pas l'Irlande : Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, *J.O.* n° L 187 du 10/07/2001, p. 45.

⁵⁸³ . Ne concerne ni le Royaume-Uni ni l'Irlande : Directive 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, *J.O.* n° L 321 du 06/12/2003, p. 26.

adaptent les instructions consulaires communes ou le manuel commun ⁵⁸⁴ (à la différence des décisions mentionnées ci-dessus ayant le même objet), ou encore de la décision 2004/573 ⁵⁸⁵. Lorsque le Danemark est partie prenante, en l'occurrence en matière de visa, l'environnement Schengen est néanmoins signalé notamment par référence à l'implication de l'Islande et à la Norvège, voire à l'acte d'adhésion de 2003. Tel est par exemple le cas du Règlement 539/2001 ⁵⁸⁶, lequel indique en outre qu'il « constitue la poursuite du développement des dispositions à l'égard desquelles une coopération renforcée a été autorisée par le protocole Schengen » (à l'instar de la décision du 20 décembre 2000 citée ci-dessus), ainsi que du Règlement 2414/2001 ⁵⁸⁷ qui le modifie ; c'est aussi le cas du Règlement 1091/2001 ⁵⁸⁸, des Règlements 333/2002 et 334/2002 ⁵⁸⁹, ou encore du Règlement 1030/2002 ⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ . 2002/44/CE: Décision du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la partie VII et l'annexe 12 des instructions consulaires communes ainsi que l'annexe 14a du manuel commun, *J.O.* n° L 020 du 23/01/2002, p.5 ; 2002/352/CE: Décision du Conseil du 25 avril 2002 concernant la révision du Manuel commun, *J.O.* n° L 123 du 09/05/2002, p. 47 ; 2002/354/CE: Décision du Conseil du 25 avril 2002 relative à l'adaptation de la partie III et à la création d'une annexe 16 des instructions consulaires communes, *J.O.* n° L 123 du 09/05/2002, p. 50 ; 2002/585/CE: Décision du Conseil du 12 juillet 2002 relative à l'adaptation des parties III et VIII des instructions consulaires communes, *J.O.* n° L 187 du 16/07/2002, p. 44 ; 2002/586/CE: Décision du Conseil du 12 juillet 2002 relative à l'adaptation de la partie VI des instructions consulaires communes, *J.O.* n° L 187 du 16/07/2002, p. 48 ; 2002/587/CE: Décision du Conseil du 12 juillet 2002 concernant la révision du Manuel commun, *J.O.* n° L 187 du 16/07/2002, p. 50.

⁵⁸⁵ . Concerne le Royaume-Uni et l'Irlande, suite à leur notification de participer, conformément à l'article 3 « britannico-irlandais » : 2004/573/CE: Décision du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, *J.O.* n° L 261 du 06/08/2004, p. 28. *Comp.* avec la Décision 2004/574 adoptée le même jour, précitée, qui se place au contraire à tout point dans l'orbite du développement de l'acquis de Schengen.

⁵⁸⁶ . Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, *J.O.* n° L 081 du 21/03/2001, p. 1.

⁵⁸⁷ . Règlement (CE) n° 2414/2001 du Conseil du 7 décembre 2001 modifiant le Règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, *J.O.* n° L 327 du 12/12/2001, p. 1.

⁵⁸⁸ . Règlement (CE) n° 1091/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, *J.O.* n° L 150 du 06/06/2001, p. 4.

⁵⁸⁹ . Règlement (CE) no 333/2002 du Conseil du 18 février 2002 établissant un modèle uniforme de feuillet pour l'apposition d'un visa délivré par les États membres aux titulaires d'un document de voyage non reconnu par l'État membre qui établit le feuillet ; Règlement (CE) n° 334/2002 du Conseil du 18 février 2002 modifiant le Règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa, *J.O.* n° L 053 du 23/02/2002.

⁵⁹⁰ . Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, *J.O.* n° L 157 du 15/06/2002, p. 1.

Dans tous ces cas qui devraient constituer autant de coopérations renforcées réputées autorisées, c'est donc le régime des coopérations renforcées *mutatis mutandis* (à propos desquelles nous reviendrons plus loin) défini par le protocole « britannico-irlandais » qui s'applique aux deux États en question, sans que l'on puisse se l'expliquer. Cette pratique incohérente a peut-être été influencée par l'interprétation du protocole « danois » qui, comme on l'a vu, déroge au protocole « Schengen » en ce qui concerne l'adoption de tout acte fondé sur le titre IV du TCE, qu'il développe ou non l'acquis de Schengen. Quoiqu'il en soit, cette pratique semble en porte à faux avec l'article 7 du protocole « britannico-irlandais » qui rappelle la prévalence du protocole « Schengen ».

Enfin, il convient de rappeler que tout développement de l'acquis de Schengen ne fait pas nécessairement l'objet d'une coopération renforcée, ne fût-ce que lorsqu'il se fonde sur le titre VI du TUE (qui s'applique au Danemark) et que le Royaume-Uni et l'Irlande ont opté pour notifier le souhait d'y participer. Ainsi, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen semble s'adresser à tous les États membres sans exception ⁵⁹¹. D'autres cas se révèlent plus intéressants. Ainsi, l'Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne invite tous les États membres sans exception à faire approuver la Convention selon leurs règles constitutionnelles ⁵⁹², alors qu'elle relève clairement d'un développement de l'acquis de Schengen. Il est vrai qu'elle remplace une série de conventions antérieures impliquant généralement le Royaume-Uni et l'Irlande, mais elle remplace aussi le chapitre 4 du titre III de la Convention d'application Schengen de 1990, sans qu'aucune mention ne soit faite, à propos du Royaume-Uni, à la décision du 29 mai 2000 précitée. Enfin, une décision du Conseil de 2003 semble également s'appliquer au Royaume-Uni et à l'Irlande dès lors qu'elle a pour objet de déterminer les dispositions de conventions antérieures

⁵⁹¹ . 2002/584/JAI: Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la Décision-cadre, *J.O.* n° L 190 du 18/07/2002, p. 1. C'est clairement le cas pour l'Irlande, au vu de sa déclaration annexe. V. aussi par exemple 2002/946/JAI: Décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *J.O.* n° L 328 du 05/12/2002, p.1.

⁵⁹² . Convention établie conformément à l'article 34, d) du TUE, *J.O.* n° C 197 du 12/07/2000 p. 1.

relatives à l'extradition relevant d'un développement de l'acquis de Schengen (mais sans autre fondement juridique spécifique) ⁵⁹³.

2. *Le champ d'application « interétatique » des actes issus des coopérations renforcées « développement de Schengen » : préambule et formule finale*

Dès lors que le protocole « Schengen » rend applicable de façon résiduelle le mécanisme général de la coopération renforcée, la limitation du champ d'application aux seuls participants des actes fondés sur une coopération renforcée réputée autorisée trouve son fondement à l'article 44, § 2 du TUE. Le fondement constitutionnel du champ d'application limité des actes est également clairement établi par l'article 2 du protocole « danois » (et le cas échéant, par l'article 2 du protocole « britannico-irlandais »).

A titre de comparaison avec les actes issus d'une coopération renforcée au sens du mécanisme général, il semble que ceux issus des coopérations renforcées relatives au développement de l'acquis de Schengen ne constituent pas moins du droit communautaire au champ d'application « interétatique » ⁵⁹⁴ différencié ⁵⁹⁵. Le fait que certains de ces actes (ceux adoptés sur base du titre IV du TCE) « *ne modifient en rien l'acquis communautaire et ne font pas partie du droit communautaire tels qu'ils s'appliquent au Danemark* », ne devrait pas modifier cette analyse. En ce sens, on rappellera aussi que l'article 8 du protocole Schengen dispose que l'acquis de Schengen constitue un acquis qui s'impose aux nouveaux adhérents.

En général, un considérant du préambule des actes évoqués ci-dessus rappelle qu'un ou plusieurs des trois États en question, non seulement ne participent pas à l'adoption

⁵⁹³ . 2003/169/JAI: Décision 2003/169/JAI du Conseil du 27 février 2003 déterminant les dispositions de la convention de 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les États membres de l'Union européenne et de la convention de 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne, qui constituent un développement de l'acquis de Schengen conformément à l'accord concernant l'association de la République d'Islande et le Royaume de Norvège à l'application, la mise en oeuvre et le développement de l'acquis de Schengen, *J.O. L 67* du 12.3.2003, p. 25.

⁵⁹⁴ . Sur la préférence de ce qualificatif à celui de « spatial » ou « territorial », v. l'Introduction générale.

de ces actes, mais aussi que ces actes ne leur sont pas applicables. Cette pratique souffre cependant de quelques exceptions, notamment les trois actes évoqués ci-dessus dont le préambule se réfère expressément à l'existence d'une coopération renforcée (Décision 586/2000, Règlements 789/2001 et 790/2001) : dans ces cas, c'est par déduction implicite que l'on devine la non participation du Royaume-Uni et/ou de l'Irlande, outre celle du Danemark. Il en va de même à propos du SIS II dont on peut pourtant déduire que l'Irlande n'est pas partie prenante, au contraire du Royaume-Uni.

D'autre part, c'est la formule finale de ces actes qui indique qu'au moins un État membre n'est pas lié par ceux-ci (et partant qu'ils n'ont, en principe, pas pris part à leur adoption). Cette formule n'est d'ailleurs pas propre aux coopérations renforcées « développement de Schengen », mais également aux coopérations renforcées *mutatis mutandis* (v. infra). Cette formule provient d'une modification par le Conseil de son règlement intérieur en juin 1999⁵⁹⁶, suite à un certain cafouillage dans la pratique du Conseil concernant le champ d'application des actes dans le cadre de la « coopération des États membres qui ont adopté l'euro » l'UEM⁵⁹⁷. Le règlement intérieur précise dorénavant que « *dans les cas où un acte ne serait pas applicable à et dans tous les États membres* », le dernier article des règlements en question devra être suivi de la formule suivante : « Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres *conformément au TCE* ». Entendez : « conformément au régime spécial prévu par le traité ».

Ainsi, à l'examen, tous les règlements évoqués ci-dessus se terminent effectivement par cette formule. Par extension, elle a été reprise aussi dans les directives et décisions évoquées ci-dessus : Les États membres sont destinataires de la présente directive / décision, « *conformément au TCE* ». Les décisions connaissent parfois quelque variante⁵⁹⁸ ou exception⁵⁹⁹, et au moins un règlement aussi⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ . Du moins si l'on accepte de relativiser la portée du traité de Nice selon lequel un acte issu d'une coopération renforcée ne ferait « pas partie de l'acquis de l'Union », v. *supra*.

⁵⁹⁶ . Décision du Conseil 1999/385/CE/CECA/CEEA du 31 mai 1999 portant adoption de son règlement intérieur, *J.O.* n° L 147, du 12/06/1999, p. 13 (v. Annexe II, p 21)

⁵⁹⁷ . V. *infra*, Partie II.

⁵⁹⁸ . V. par exemple la Décision 2003/725/JAI mentionnée ci-dessus dont l'article 2 dispose cependant que la décision ne lie pas l'Irlande (v. *supra*).

D. Les changements effectués dans la Constitution

Le statut du *Royaume-Uni et de l'Irlande* concernant le développement ultérieur de l'acquis de Schengen demeure inchangé. Il leur est loisible de prendre part à l'adoption de nouvelles mesures complétant, remplaçant ou modifiant l'acquis de Schengen. Si au moins un des deux ne donnent pas suite à cette faculté « dans un délai raisonnable », les autres États membres agiront dans le cadre d'une coopération renforcée au sens du mécanisme général, si ce n'est qu'elle serait alors réputée autorisée.

Le *Danemark* a quant à lui obtenu un changement notable dans son statut, ce qu'il a négocié durant la Conférence intergouvernementale de façon quasi bilatérale avec la présidence en exercice. Il n'est plus seulement exempté des dispositions de la Constitution correspondant au titre IV du TCE actuel ainsi que des actes fondés sur ce titre, et dont il est exclu du processus de décision, il l'est également pour tout développement ultérieur de l'acquis de Schengen correspondant à un développement de l'Espace de liberté, sécurité et justice. Autrement dit, le Danemark ne participe pas non plus aux développements de l'ancien titre VI du TUE relatif à la coopération judiciaire et policière en matière pénale. Le Danemark devient ainsi un non participant quasiment à part entière (et non plus partiel) des coopérations renforcées « développement de Schengen »⁶⁰¹. L'extension de cette exemption a été « justifiée » essentiellement par la communautarisation du troisième pilier.

Ceci étant, le Danemark conserve la faculté de reprendre à son compte les actes relatifs au développement de l'acquis de Schengen dans un délai de six mois après leur adoption, en tant qu'obligation de droit international.

⁵⁹⁹ . V. par exemple la Décision 596/2000 JAI précitée dont l'article 26 indique que « les États membres sont destinataires de la présente décision ». En l'occurrence, ces deux décisions auraient dû adapter la formule en désignant les États membres comme destinataires, conformément au TUE.

⁶⁰⁰ . V. par exemple le retour à la formule finale classique du Règlement (CE) n° 871/2004 précité: « *Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres* ». Or, il apparaît clairement dans les considérants (9) à (11) que le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark n'ont pas pris part à ce règlement lequel ne s'applique dès lors pas à eux.

⁶⁰¹ . V. les articles 1 et 2 du nouveau protocole « danois » qui se réfère à l'ensemble du chapitre IV de titre III de la troisième partie de la Constitution.

Un second changement opéré par la Constitution consiste à avoir donné la faculté au Danemark d'opter pour un autre régime, par simple notification aux autres États membres. Cette faculté s'ajoute à celle existant déjà de renoncer à tout ou partie de son régime spécial en normalisant sa situation. Elle aussi devra être mise en oeuvre, le cas échéant, conformément à ses exigences constitutionnelles ⁶⁰².

Cet autre régime alternatif figure en annexe au nouveau protocole danois et s'inspire du régime organisé par le protocole « britannico-irlandais » (mais pour des développements *autres* que Schengen). Ainsi, le Danemark peut notifier dans un délai de trois mois son intention de prendre part au processus de décision relatif à une proposition ou initiative, et d'être lié normalement par l'acte qui en résulte (et non plus en tant qu'obligation internationale) ⁶⁰³. Dans ce cas, et c'est une nouveauté qui s'inspire des deux décisions concernant la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande (précitées), le Danemark sera réputé prendre part à tout développement ultérieur de l'acte en question ⁶⁰⁴.

Dans le cas contraire, le Conseil pourra adopter la mesure comme au sein d'une coopération renforcée *mutatis mutandis* (sur concept, voire *infra*) ⁶⁰⁵, et le Danemark pourra toujours décider de la prendre à son compte ultérieurement, conformément à la procédure de participation ultérieure prévue par le mécanisme général, « *mutatis mutandis* » ⁶⁰⁶. En revanche, si le Danemark n'a pas donné suite à cette faculté dans un délai de six mois, on retombe dans le régime commun : les États membres examinent les dispositions appropriées à prendre » ⁶⁰⁷.

Le prix à payer par le Danemark pour pouvoir opter en faveur de ce régime alternatif est d'accepter que tout l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union, ainsi

⁶⁰² . Articles 8 et 9 du nouveau protocole « danois ».

⁶⁰³ . Article 3 du nouveau protocole « danois ».

⁶⁰⁴ . Article 5, § 2 du nouveau protocole « danois ».

⁶⁰⁵ . Article 4 du nouveau protocole « danois ».

⁶⁰⁶ . Article 3 de l'annexe du nouveau protocole « danois ».

⁶⁰⁷ . Article 5, § 1 du nouveau protocole « danois ».

que tous les développements qui ont été acceptés au titre d'obligation internationale, s'appliquent à son égard normalement, « au titre de droit de l'Union »⁶⁰⁸.

III. Application différenciée de certains aspects de l'article 14 du TCE au Royaume-uni et à l'Irlande

Le protocole sur l'application de certains aspects de l'article 14 du TCE (ex article 7A) au Royaume-Uni et à l'Irlande a pour objet d'octroyer une dérogation générale et radicale aux deux États cités concernant l'absence de contrôles aux frontières intérieures.

Plus précisément, il permet au Royaume-Uni de vérifier, lors du franchissement de sa frontière, le droit d'entrer sur son territoire ⁶⁰⁹ pour toute personne provenant d'un autre État membre pouvant se prévaloir du droit communautaire ou du droit de l'Espace économique européen (EEE), ou encore d'un accord international de l'Union liant déjà le Royaume-Uni. Pour les ressortissants des pays tiers provenant d'un autre État membre et qui ne peuvent se prévaloir d'un tel droit, le Royaume-Uni conserve un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non le droit d'entrer sur son territoire, au même titre semble-t-il qu'à l'égard des ressortissants des pays tiers arrivant d'ailleurs. Il en va de même pour l'Irlande tant que les arrangements avec le Royaume-Uni relatifs à la zone de voyage commune sont en vigueur. A cet égard, les deux États peuvent continuer dans le futur à conclure de tels arrangements dérogatoires au droit communautaire — mais par hypothèse, pas dérogatoires à l'acquis de Schengen puisque celui-ci leur est déjà inapplicable — et au droit EEE. En guise de réciprocité, les treize autres États membres conservent leur pouvoir de contrôle à leurs frontières vis-à-vis des personnes en provenance du Royaume-Uni ou de l'Irlande, dans la même mesure que le Royaume-Uni et l'Irlande vis-à-vis des personnes en provenance des treize autres États membres.

L'on comprend la portée de ce protocole en ce qu'il sauvegarde les relations particulières entre l'Irlande et le Royaume-Uni. Pour ce qui est des relations entre le

⁶⁰⁸ . Article 9, § 2 du nouveau protocole « danois ».

⁶⁰⁹ . Y compris les territoires dont les relations extérieures relèvent de sa responsabilité.

Royaume-Uni, l'Irlande et les autres États membres, l'on aurait pu croire que le protocole « Schengen » impliquait déjà une telle dérogation et réglait dès lors la question. En effet, l'intégration de l'acquis de Schengen — qui a principalement trait au franchissement des frontières intérieures — dans le cadre de l'Union ne s'applique pas aux deux États en question : il leur appartient de façon discrétionnaire de s'y rallier ou de participer à son développement dans le futur (sous réserve du consentement des autres États, v. *supra*). De même, le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande leur permet de manière purement discrétionnaire de participer ou non aux développements du nouveau titre IV du TCE, tout comme à ceux relevant aussi de l'acquis de Schengen. En fait, ce protocole semble constituer une sécurité supplémentaire par rapport aux développements autonomes potentiels liés à l'interprétation de l'article 14 (ex article 7A) du TCE ⁶¹⁰, voire de l'article 18 (ex article 8A) ou du titre III du TCE ⁶¹¹. Il est vrai que le traité d'Amsterdam a entériné l'interprétation de la majorité des États membres considérant que l'ancien article 7A du TCE couvrait également l'adoption de mesures relatives à la circulation intérieure des ressortissants des pays tiers, en ce compris le contrôle aux frontières ⁶¹². Il reste que la mise en œuvre de cette disposition aurait théoriquement dû s'inscrire dans le cadre des bases juridiques du nouveau titre IV du TCE, en principe comme développement de l'acquis de Schengen, qui est inapplicable au Royaume-Uni et à l'Irlande, dès lors qu'aucune disposition de l'acquis de Schengen n'a été ventilée sur base de l'article 14 en question (v. aussi *supra*).

L'Irlande bénéficie à cet endroit d'une faculté d'*opt-in* constitutionnelle indirecte dans la mesure où le droit commun deviendrait directement applicable vis-à-vis de l'Irlande à la fin des arrangements avec le Royaume-Uni ⁶¹³.

Enfin, on mentionnera encore que ce protocole a fait l'objet d'une simple adaptation technique au nouvel environnement de la Constitution ⁶¹⁴. On notera toutefois qu'il se

⁶¹⁰. V. l'article 1 du protocole en question : « Nonobstant l'article 7 A... ».

⁶¹¹ . Selon G. Papagianni, ce protocole aurait pour effet d'empêcher au Royaume-Uni et à l'Irlande d'exercer leur faculté d'*opt-in* prévue par le protocole « Schengen » et le protocole « Titre IV », lorsque les mesures relèvent de l'article 14 du TCE, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », précité, 2001, p. 115.

⁶¹². Sur l'article 61 a) et 62, 1) du TCE, v. *supra*.

réfère non seulement à l'article III – 130 qui refond l'article 14 (ex article 7A) du TCE avec l'article 15, mais aussi à l'article III – 265 qui correspond à l'article 62 du TCE. Il s'agit là d'une sécurité supplémentaire dès lors que cet article 62 se réfère également à l'article 14 du TCE.

CHAPITRE 13. — « COOPÉRATIONS RENFORCÉES » *MUTATIS* *MUTANDIS* DANS LE CADRE DU TITRE IV DU TCE

I. Statut des non participants (éventuels) : le Royaume-Uni et l'Irlande

Le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande qui accompagne le traité d'Amsterdam accorde une exemption générale au profit des deux États membres en question. Le nouveau titre IV du TCE consacrés à la politique des visas, d'asile, et d'immigration et à d'autres politiques liées à la libre circulation leur est inapplicable. De même les deux États ne participent-ils pas à la mise en oeuvre du titre IV du TCE, ni ne sont liés par les actes adoptés sur la base dudit titre. Plus exactement, ils « *ne modifient en rien l'acquis communautaire et ne font pas partie du droit communautaire tels qu'ils s'appliquent au Danemark* »⁶¹⁵.

Le protocole « britannico-irlandais » doit s'entendre sans préjudice du protocole « Schengen »⁶¹⁶. Il indique ainsi que certaines mesures mettant en oeuvre le titre IV du TCE constitue un développement de l'acquis de Schengen, tandis que d'autres pas. L'on peut dès lors s'attendre à un problème récurrent de qualification qui n'est pas purement théorique. En effet, le régime prévu par le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, notamment en ce qui concerne leur participation ultérieure éventuelle, s'avère plutôt moins favorable pour les deux États en question que le régime établi par le protocole « Schengen » pour le développement ultérieur de

⁶¹³. V. à cet égard la Déclaration de l'Irlande relative à l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, et dont la Conférence a pris acte.

⁶¹⁴. Protocole sur l'application de certains aspects de l'article III – 130 de la Constitution au Royaume-Uni et à l'Irlande.

⁶¹⁵. A l'instar de certains actes issus du titre IV à l'égard du Danemark, v. *infra*, et *supra* s'agissant d'un développement de l'acquis de Schengen.

⁶¹⁶. Article 7 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

l'acquis de Schengen. Difficile toutefois de savoir si un lien existe entre ce constat et le fait que dans de nombreux cas l'on se soit référé, erronément selon nous, au protocole « britannico-irlandais » plutôt qu'au protocole Schengen (v. *supra*)

Ainsi, c'est dans un délai de trois mois — et non plus dans un délai raisonnable — que le Royaume-Uni et/ou l'Irlande doivent notifier leur intention de prendre part à l'adoption des mesures proposées. Si aucun des deux États n'a fait part dans ledit délai de sa volonté de participer, les Douze (compte tenu également du statut du Danemark, v. *infra*) peuvent agir entre eux, non dans le cadre formel d'une coopération renforcée au sens du mécanisme général, mais directement sur base de l'article 1er du protocole « britannico-irlandais » qui adapte le vote à la majorité qualifiée de la même façon que pour une coopération renforcée au sens strict. Par comparaison, le protocole « Schengen » prévoit que l'autorisation d'une coopération renforcée au sens strict était réputée accordée (v. *supra*).

Il suffit donc à l'un ou aux deux États de vouloir participer pour le pouvoir ; dans ce dernier cas le système de vote est à nouveau adapté en conséquence ⁶¹⁷. Mais, si après un délai raisonnable une mesure n'a toujours pas abouti en négociant à Quinze (ou plutôt Quatorze, sans le Danemark), le processus de décision pourrait reprendre sans les deux États, non formellement sur base du mécanisme général ⁶¹⁸, mais à nouveau sur base et conformément à l'article 1er du protocole « britannico-irlandais » ⁶¹⁹.

Si dans le futur, l'un des deux États voulait prendre à son compte l'une des mesures adoptées par les Douze ou les Treize, la procédure de participation ultérieure prévue par le mécanisme général à l'article 11, § 3 du TCE s'appliquerait alors, non en tant que telle, mais « *mutatis mutandis* » ⁶²⁰. Cependant, cette participation ultérieure ne doit pas couvrir tout l'acquis dérivant du titre IV du TCE, elle peut ne concerner que des mesures ponctuelles, ce qui accentue davantage le caractère « à la carte ».

⁶¹⁷. Article 3, § 1 du protocole.

⁶¹⁸. Contrairement à ce qui se passerait dans le cadre du protocole « Schengen » où le droit commun de la coopération renforcée reprendrait ses droits, notamment en exigeant une autorisation préalable des Quinze (v. *supra*).

⁶¹⁹. Article 3, § 2 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

De la sorte, les douze ou treize États membres en question tirent en fin de compte directement du traité une autorisation de mener une coopération renforcée sur la base du nouveau titre IV du TCE, tant dans le cadre du protocole « Schengen » que dans celui dont il est ici question, fût-ce *mutatis mutandis*. En effet, contrairement au protocole « Schengen », le présent protocole ne se réfère pas formellement au cadre imposé par le nouveau titre VII du TCE et les articles 40 du TUE et 11 du TCE (post Amsterdam) — si ce n'est *mutatis mutandis* — et échappe ainsi, par exemple, au respect des conditions prévues par le mécanisme général des coopérations renforcées (ce qui pourrait aussi être considéré comme moins favorable pour les non participants). Il reste que de telles coopérations renforcées *mutatis mutandis* demeurent, à l'instar des coopérations renforcées « développement de Schengen », des coopérations renforcées potentielles, à l'objet relativement indéterminé, avec une incertitude quant à la participation éventuelle de deux États membres en question.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où moins de douze États voudraient mener une coopération renforcée, alors le cadre défini par le mécanisme général devrait être à nouveau de mise.

Enfin, contrairement au Royaume-Uni, l'Irlande peut à tout moment, sans révision des traités ni du protocole en question, et donc sans procédure nationale liée à la ratification, décider de ne plus bénéficier du régime d'exemption, et se voir appliquer « les dispositions normales des traités »⁶²¹. Cette faculté d'*opt-in* constitutionnelle permet d'éviter le problème d'une longue période intermédiaire auquel le Royaume-Uni a dû faire face lorsqu'il a accepté d'intégrer l'accord social dans le TCE⁶²², et aura à faire face s'il ne désire plus du régime d'exemption prévu par le protocole dont il est ici question. Il est vrai toutefois, nous l'avons évoqué, que la procédure de participation ultérieure à une coopération renforcée *mutatis mutandis* reste disponible.

II. Statut du non participant : Danemark

⁶²⁰ . Article 4 protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

⁶²¹ . Article 8 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

⁶²² . V. *supra* Chapitre 10.

A l'instar du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, le protocole sur la position du Danemark a (notamment) pour effet de rendre inapplicables au Danemark les dispositions du nouveau titre IV du TCE et leur mise en œuvre, que ce soit dans le cadre de développements futurs de l'acquis de Schengen (v. supra) ou non. Exception est faite toutefois pour ce qui lui était déjà applicable en vertu de l'ancien article 100 C du TCE (Modèle type de visa, liste des pays tiers) ⁶²³. C'est la raison pour laquelle il convient davantage, le cas échéant, de se référer au douze participants aux coopérations renforcées *mutatis mutandis*, plutôt qu'aux Treize.

Dès lors, le Danemark ne participe pas au processus de décision, et les décisions adoptées sur la base du titre IV du TCE lui sont inopposables. Plus exactement, à l'instar du Royaume-Uni et de l'Irlande, elles « *ne modifient en rien l'acquis communautaire et ne font pas partie du droit communautaire tels qu'ils s'appliquent au Danemark* ».

Toutefois, contrairement au Royaume-Uni et à l'Irlande, aucune possibilité n'est offerte au Danemark de changer d'avis et de prendre part au processus de décision fût-ce de façon ponctuelle, ni d'accepter plus tard les mesures adoptées sans lui par les autres États membres en appliquant *mutatis mutandis* la procédure de participation ultérieure prévue à l'article 11, § 3 du TCE. Et contrairement à la faculté qui lui est offerte, concernant la mise en œuvre du titre IV développant l'acquis de Schengen, il n'est pas loisible au Danemark de décider dans un délai de six mois s'il désire ou non être lié par les actes du Conseil en tant qu'obligation de droit international.

En revanche, le Danemark bénéficie d'une faculté d'*opt-in* constitutionnelle couvrant aussi bien sa participation aux développements de l'acquis de Schengen que celle à la mise en œuvre autonome du nouveau titre IV du TCE ⁶²⁴. Comme on l'a vu, il lui suffirait d'informer les autres États membres de ne plus souhaiter se prévaloir de tout ou partie du présent protocole, pour que « toutes les mesures pertinentes alors en

⁶²³. Article 4 du protocole sur la position du Danemark.

⁶²⁴. Article 7 du protocole sur la position du Danemark.

vigueur » lui soient automatiquement et « intégralement » applicables, et pas seulement les « dispositions normales des traités »⁶²⁵.

Cette faculté d'*opt-in* constitutionnelle semble donc, le cas échéant, également impliquer l'acceptation des mesures adoptées par les autres États sur la base du titre IV du TCE (encore que rien ne soit spécifié à cet égard), qu'il s'agisse du développement de l'acquis de Schengen ou non. Cela pourrait également impliquer le respect de la ventilation de l'acquis de Schengen non encore développé qui est intégré dans le cadre de l'Union sur base du titre IV du TCE (renonçant ainsi au statut d'environnement « titre IV TUE » ou d'« obligation de droit international »). Mais contrairement à l'Irlande, il n'est pas impossible que les « exigences constitutionnelles » danoises imposent, pour accomplir cette opération de raccrochage, si pas une révision des traités, une procédure interne d'approbation.

Ces contraintes expliquent sans doute que le Danemark n'ait jamais exercé cet *opt in*, de sorte que d'autres moyens ont été inventés pour pouvoir étendre dans certains cas le régime communautaire au Danemark, par le biais d'accord internationaux parallèles conclus entre la Communauté et le Danemark⁶²⁶.

III. Les coopérations renforcées *mutatis mutandis* dans la pratique

Dans la pratique, ils s'avère qu'effectivement, le Danemark est toujours exclu de l'adoption et de l'application des actes adoptés sur base du titre IV du TCE⁶²⁷. Tous ces actes constituent donc autant de coopérations renforcées *mutatis mutandis* dont il ne fait pas partie.

En revanche, dans une bonne majorité des cas, le préambule des actes indique que le Royaume-Uni et l'Irlande « ont notifié leur souhait de participer à l'adoption et à

⁶²⁵. *Comp.* article 8 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

⁶²⁶ Sur ce sujet, v. *infra*.

⁶²⁷ . V. Toutefois la Décision 2001/87/CE du Conseil du 8 décembre 2000 concernant la signature de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles annexes sur la lutte contre la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et le trafic de migrants par terre, air et mer au nom de la Communauté européenne, *J.O.* n° L 030 du 01/02/2001, p. 44 : la décision et la Convention concernent tous les États membres, y compris le Danemark (sans qu'on en sache la raison, si ce n'est que d'autres bases juridiques sont également visées).

l'application du présent règlement, conformément à l'article 3 du protocole « britannico-irlandais »⁶²⁸, que « ces États membres ne participent pas à l'adoption de la présente directive et ne sont pas liés par celle-ci ni soumis à son application »⁶²⁹, ou encore que « la présente décision s'applique au Royaume-Uni et à l'Irlande en vertu de leurs notifications »⁶³⁰. A titre de contre-exemples, on relèvera des actes où ni le Royaume-Uni ni l'Irlande ne sont parties prenantes à ces coopérations renforcées *mutatis mutandis*⁶³¹, ou encore d'autres actes à propos desquels seule l'Irlande est restée en dehors de celles-ci⁶³².

Le préambule de ces actes mentionne la non-participation du Royaume-Uni et/ou de l'Irlande par référence à l'article 1er du protocole « britannico-irlandais », leur participation à la négociation en vertu de l'article 3 dudit protocole, ou encore, le cas échéant, leur faculté d'y adhérer ultérieurement, conformément à l'article 4 dudit protocole. Encore que ces références, nous l'avons expliqué ci-dessus n'excluent pas que les actes qui les comportent s'inscrivent néanmoins (mais illogiquement) dans l'environnement « développement de l'acquis de Schengen ».

A l'instar des actes issus des coopérations renforcées « développement de Schengen », le champ d'application des actes issus des coopérations renforcées *mutatis mutandis* trouve son fondement direct dans les traités, en l'occurrence l'article

⁶²⁸ . V. par exemple le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.* n° L 160 du 30/06/2000, p. 1

⁶²⁹ . V. par exemple la Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine, et qui coopèrent avec les autorités compétentes, *J.O.* n° L 261 du 06/08/2004, p. 19.

⁶³⁰ . V. par exemple la Décision 2000/596/CE du Conseil du 28 septembre 2000 portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés, *J.O.* n° L 252 du 06/10/2000, p. 12.

⁶³¹ . V. par exemple la Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *J.O.* n° L 251 du 03/10/2003, p. 12, ou encore la Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *J.O.* n° L 016 du 23/01/2004, p. 44.

⁶³² . V. par exemple la Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *J.O.* n° L 212 du 07/08/2001, p. 12 ; la Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, *J.O.* n° L 031 du 06/02/2003, p. 18 ; ou encore la Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la Décision-cadre, *J.O.* n° L 190 du 18/07/2002, p. 1.

2 du protocole « britannico-irlandais ». D'autre part, outre le préambule, la formule finale des actes adoptés sur base du titre IV indique qu'il existe au moins un État membre qui n'est pas lié par ces actes, à l'instar de la formule de nombreux actes issus des coopérations renforcées « Schengen » (« conformément au TCE », v. *supra*)

On mentionnera encore quatre règlements qui ont la particularité de remplacer un certain nombre de Conventions communautaires. Pour chacun d'eux, le Royaume-Uni et l'Irlande y ont pris part, de sorte que seul le Danemark bénéficie d'un statut d'exemption : il ne participe pas à l'adoption desdits règlement ni ne les applique.

Il s'agit d'abord du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui remplace la Convention de Bruxelles I ⁶³³. Celui-ci est intéressant à un autre titre, celui de recourir en plus à une technique de différenciation « matérielle » en indiquant au début du règlement qu'il faut lire par « États membres » tous ceux-ci à l'exception du Danemark ⁶³⁴. Il s'agit ensuite du Règlement 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, qui remplace la Convention de Bruxelles II ⁶³⁵, et du Règlement 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, qui remplace une Convention sur le sujet qui n'est jamais entrée en vigueur ⁶³⁶. Il s'agit enfin du Règlement 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une

⁶³³ . *J.O.* n° L 012 du 16/01/2001, p. 1. (Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ; v. aussi la Convention parallèle de Lugano du 16 septembre 1988 avec les États de l'AELE.

⁶³⁴ . Nous reviendrons sur ce concept de différenciation matérielle dans la Deuxième Partie relative à l'UEM (notamment aux Titres III et IV).

⁶³⁵ . *J.O.* n° L 160 du 30/06/2000, p. 19. (Convention de Bruxelles soumise à l'adoption des États membres par un acte du Conseil du 29 mai 1998). Ce règlement a ensuite été remplacé par le Règlement 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement 1347/2000, *J.O.* n° L 338 du 23/12/2003 p. 1.

⁶³⁶ *J.O.* n° L 160 du 30/06/2000, p. 37 (Convention soumise à l'adoption des États membres par un acte du Conseil du 26 mai 1997).

demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ⁶³⁷, qui remplace la Convention de Dublin ⁶³⁸.

Nous verrons plus loin comment le contenu de ces règlements (à part le n°1348/2000) a été étendu au Danemark par le recours à des accords parallèles entre la Communauté et le Danemark. Entre-temps, la Convention de Bruxelles I et la Convention de Dublin sont restées en vigueur à l'égard du Danemark, dans ses relations avec les autres États membres ⁶³⁹.

IV. Les changements effectués dans la Constitution

Le statut du *Royaume-Uni et de l'Irlande* serait dorénavant régi par le nouveau protocole « sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, ainsi qu'à l'égard de la coopération judiciaire en matière civile et policière ». Le régime particulier de ces deux États membres concernant des développements *autres* que ceux fondés sur l'acquis de Schengen est fondamentalement resté le même.

Toutefois, compte tenu de la refonte dans la Constitution des dispositions du TCE et du TUE ayant trait au nouvel espace de liberté, sécurité et justice, il fallu préciser quelque peu la portée exacte du champ d'action de ce régime particulier. Il s'agit principalement des sections 2 et 3 du chapitre IV du titre III de la troisième partie de la Constitution, qui correspondent au titre IV du TCE actuel ⁶⁴⁰. Les deux États en question sont eux aussi logiquement exemptés du nouveau mécanisme d'évaluation dans les domaines relevant de ces deux sections ⁶⁴¹, ainsi que de l'article III – 263

⁶³⁷ . *J.O.* n° L 050 du 25/02/2003 p. 1 ; v. aussi le Règlement d'application de la Commission 1560/2003 dont la formule finale prévoit qu'il est directement application dans tout État membre, alors qu'il ne l'est pas à l'égard du Danemark, ce qu'indiquent d'ailleurs les considérants du préambule.

⁶³⁸ . V. aussi le Règlement 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, *J.O.* n° L 316 du 15/12/2000 p. 1.

⁶³⁹ . V. le considérant (22) de la Convention de Bruxelles, et le considérant (19) de la Convention de Dublin.

⁶⁴⁰ . Article premier du nouveau protocole « britannico-irlandais ». V. toutefois aussi l'article III – 268, de facture nouvelle, qui établit le principe de solidarité et de partage des responsabilités entre États membres.

⁶⁴¹ . Article III – 260.

relatif à la coopération administrative ⁶⁴². Mais il est aussi exempté de l'article III – 275, § 2, a) relatif à la collecte, le stockage, le traitement, l'analyse et l'échange d'informations pertinentes : il s'agit là d'une extension du régime particulier par rapport à la situation actuelle, qui relève de l'article 30, § 1, a) du TUE.

Concernant le *Danemark*, tout développement *autre* que fondé sur l'acquis de Schengen fait l'objet d'un régime d'exemption pour le Danemark, non seulement à l'égard des dispositions de la Constitution correspondant au titre IV du TCE actuel ainsi que des actes fondés sur ce titre, mais aussi à l'égard de tout autre développement de l'Espace de liberté, sécurité et justice. Autrement dit, le Danemark ne participe pas non plus aux développements de l'ancien titre VI du TUE relatif à la coopération judiciaire et policière en matière pénale, de sorte que le champ d'action des coopérations renforcées *mutatis mutandis* s'étend. Cette modification est donc la même que celle concernant les développements de l'acquis de Schengen (v. *supra*).

En outre, le Danemark bénéficie à cet endroit de la faculté d'opter pour un régime alternatif identique à celui décrit ci-dessus dans le cadre du développement Schengen, et qui permet notamment au Danemark de prendre part au processus de décision de façon discrétionnaire, au cas par cas, comme pour le Royaume-Uni et l'Irlande ; en échange, le Danemark doit accepter de normaliser sa situation quant à l'acquis de Schengen intégré et ses développements acceptés entre-temps en tant qu'obligations de droit international.

CHAPITRE 14. — RELATIONS « EXTÉRIEURES » DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES DANS L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET JUSTICE

Nous examinerons dans ce Chapitre la dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Pour analyser les relations extérieures de l'Union et l'incidence à cet égard des coopérations renforcées en la matière, on retiendra à nouveau la distinction entre celles afférant à l'acquis de Schengen (II), et les autres coopérations

⁶⁴² . Article 66 du TCE (v. cependant aussi l'article 34, § 1 du TUE).

renforcées *mutatis mutandis* (III). Les guillemets à « relations extérieures » s'expliquent d'abord par le fait que formellement, il s'agit des relations extérieures de l'Union et/ou de la Communauté, mais avec des implications liées à la différenciation des États membres. On débutera toutefois ce Chapitre sur l'incidence de l'existence de telles coopérations renforcées sur l'adhésion de nouveaux membres à l'Union (I.). Enfin, on terminera par une curiosité institutionnelle s'apparentant à un autre aspect des relations « extérieures » de ces coopérations renforcées lorsque celles-ci s'établissent avec un État membre de l'Union, en l'occurrence le Danemark ; autrement dit, lorsque leurs participants veulent établir un régime commun – autre que « communautaire » – avec des non participants (IV).

I. Elargissement de l'Union et de ses coopérations renforcées au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice

Le statut particulier du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark n'a pas eu pour effet de créer des revendications similaires dans le chef des dix nouveaux États membres lors de leurs négociations d'adhésion. Ainsi, en adhérant à l'Union et à son acquis, ils adhèrent également au dispositif des politiques relevant de l'Espace de liberté, sécurité et justice. Partant, ils acceptent aussi les conséquences de l'existence de « coopérations renforcées » dans ces domaines dont ils sont parties prenantes à part entière. On rappellera notamment à cet égard que l'article 8 du protocole « Schengen », sans aller jusqu'à qualifier l'acquis de Schengen comme relevant de l'acquis communautaire, considère l'acquis de Schengen comme s'imposant aux États candidats à l'adhésion.

Ceci étant, une ligne budgétaire a été prévue pour faciliter l'intégration des dix nouveaux États membres durant une période de transition ; ces derniers bénéficient en outre d'une clause de sauvegarde, notamment en matière de droit civil et pénal, comme par exemple à l'égard du mandat d'arrêt européen.

Surtout, leur participation effective à l'acquis de Schengen est soumise au respect des conditions habituelles. Ainsi, l'acte d'adhésion distingue entre ⁶⁴³ :

⁶⁴³ . V. Article 3 de l'Acte d'adhésion du 16 avril 2003.

- d'une part les actes répertoriés à l'Annexe I de l'Acte d'adhésion qui « sont contraignants et s'appliquent dans les nouveaux États membres à compter de la date d'adhésion », autrement dit qui sont immédiatement applicables de façon effective.
- d'autre part, les autres dispositions de l'acquis de Schengen qui, « *bien qu'elles soient contraignantes pour les nouveaux États membres à compter de la date d'adhésion, ne s'appliquent dans un nouvel État membre qu'à la suite d'une décision du Conseil à cet effet, après qu'il a été vérifié, conformément aux procédures d'évaluation de Schengen applicables en la matière, que les conditions nécessaires à l'application de toutes les parties concernées de l'acquis sont remplies dans ce nouvel État membre, et après consultation du Parlement européen* » ;

Autrement dit, ces autres dispositions leur sont formellement applicables, mais pas immédiatement de façon effective. On retrouve logiquement la distinction opérée à l'égard des autres États membres qui ont adhéré progressivement, et les uns après les autres, aux accords de Schengen, puis à l'acquis de Schengen intégré dans l'Union. À l'instar de ceux-ci (et au contraire des États non participants à la zone euro ⁶⁴⁴), ils participent immédiatement au développement futur de l'acquis de Schengen, y compris pour l'adoption d'actes qui ne leur s'appliqueraient pas encore.

Cependant, pour prendre cette décision relative à la participation progressive et effective des nouveaux États membres, le Conseil statue à l'unanimité des participants « effectifs » aux coopérations renforcées en question ; plus précisément, à l'unanimité de « ses membres représentant les gouvernements des États membres pour lesquels (ces autres) dispositions (...) ont déjà pris effet et du représentant du gouvernement de l'État membre pour lequel ces dispositions doivent prendre effet ». On se rappellera que c'est toujours à l'unanimité des Treize que le Conseil statuait sur ce genre de décision, sans distinguer les participants effectifs des autres ⁶⁴⁵.

Quant au Royaume-Uni et à l'Irlande, ils ne participent à la prise de telles décisions que « *dans la mesure où elle a trait aux dispositions de l'acquis de Schengen et aux*

⁶⁴⁴ . V. Deuxième partie, notamment le Titre III.

⁶⁴⁵ . V. *supra*, Chapitre 12, section, I., A.

actes fondés sur celui-ci ou qui s'y rapportent, auxquels ces États membres sont parties ». En revanche, rien est indiqué à l'égard du Danemark, lequel devrait en principe aussi être exclu de l'adoption de telles décisions dès lors qu'elles toucheraient à l'application effective à l'égard des dix nouveaux États membres de l'acquis de Schengen relevant du titre IV du TCE.

II. Relations extérieures des coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen

A. Association de l'Islande et de la Norvège (Accord du 18 mai 1999)

L'Islande et la Norvège ont conclu un premier accord d'association avec les parties contractantes des accords de Schengen le 19 décembre 1996 à Luxembourg, pratiquement au même moment que l'adhésion à ces accords par le Danemark, ainsi que la Finlande et la Suède, alors nouveaux membres de l'Union. L'objectif fut de préserver l'Union nordique des passeports préexistante entre les cinq Etats en question.

L'accord fut renouvelé le 18 mai 1999 afin de prendre en compte l'intégration de l'acquis de Schengen au sein du cadre institutionnel de l'Union, et notamment le fait que sa mise en œuvre et son développement relève dorénavant des compétences de l'Union, ou de la Communauté ⁶⁴⁶. On notera à cet égard que l'accord a été conclu par le Conseil des ministres, sans préciser au nom de qui exactement.

L'accord du 18 mai 1999 consiste à déterminer les dispositions de l'acquis de Schengen qui sont applicables à l'Islande et à la Norvège (v. les annexes A et B), et à propos du développement desquelles les deux États nordiques sont invitées à participer au *decision-shaping*. Pour ce faire, un comité mixte est créé « en dehors du

⁶⁴⁶ . Accord conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux états à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *J.O.* n° L 176 du 10/07/1999, p. 36. La Décision du Conseil approuvant cet accord est datée du 17 mai 1999 (L 176/35). L'accord du 18 mai 1999 a été accompagné d'un autre accord « sous forme d'échange de lettres entre le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège concernant les comités qui assistent la Commission européenne dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs », *J.O.* n° L 176 du 10/07/1999, p. 53.

cadre de l'Union », comprenant les représentants des États membres de l'Union (et non un représentant de l'Union ou de la Communauté) et les deux États en question. Rien dans cet accord ne laisse apparaître que le Royaume-Uni et l'Irlande n'ont pas participé à la conclusion de celui-ci. La raison réside peut-être dans le fait qu'il s'agisse formellement d'un accord du *Conseil*, représentant les États membres, et pas la Communauté ou l'Union en tant que telles ⁶⁴⁷ (encore que l'article 15, § 5 de l'accord laisse entendre qu'il s'agisse d'un accord mixte Communautés/ États membres, ou mixte Communauté/Union, v. ci-dessous).

En revanche, l'article 2 de l'accord dispose que « c'est dans la mesure où elles s'appliquent aux États membres de l'Union européenne, ci-après dénommés 'États membres', qui participent à la coopération plus étroite (entendez : renforcée) autorisée par le protocole Schengen » que les dispositions de l'acquis de Schengen sont mises en œuvre et appliquées par l'Islande et la Norvège, de sorte qu'en principe le Royaume-Uni et l'Irlande ne sont pas liés par l'Accord en question à leur égard. A tous le moins, s'il leur est applicable formellement en tant que parties contractantes, il ne l'est pas matériellement.

Cette (logique) non-participation est confirmée par l'article 15, §§ 4 et 5 de l'Accord :

« 4. Les dispositions visées aux annexes A et B, ..., entrent en vigueur pour l'Islande et la Norvège à une date qui sera fixée par le Conseil statuant à l'unanimité de ses membres représentant les États membres qui participent à la coopération renforcée autorisée par le protocole Schengen, après consultation au sein du comité mixte conformément à l'article 4 du présent accord et après s'être assuré que l'Islande et la Norvège ont rempli les conditions préalables à la mise en œuvre des dispositions pertinentes et que les contrôles à leurs frontières extérieures sont efficaces.

5. L'entrée en vigueur des dispositions visées au paragraphe 4 crée(nt) des droits et obligations entre l'Islande et la Norvège ainsi qu'entre l'Islande et la Norvège, d'une part, et la Communauté européenne et ceux de ses États membres à l'égard desquels ces dispositions sont également entrées en vigueur, d'autre part. »

⁶⁴⁷ . Cette conception qui nierait la personnalité juridique de l'Union est d'ailleurs contestable.

Cet accord a donc en quelque sorte pour objet de régler les relations extérieures de la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré » et des coopérations renforcées « développement de Schengen », en l'occurrence à l'égard de l'Islande et de la Norvège. Ces relations demeurent présentées comme étant celles de la Communauté. La référence additionnelle à une partie de ses Etats membres est sans doute destinée à rappeler la mixité de l'accord (CE/EM, ou CE/UE), le cas échéant avec prédominance EM ou UE dès lors que c'est le Conseil en tant que tel qui est partie contractante (et pour autant qu'on puisse accepter cette conception). Elle pourrait également servir à limiter le champ d'application de l'accord au sein de la Communauté/Union. Elle pourrait cependant aussi accréditer l'idée qu'une coopération renforcée fonctionne comme une entité purement intergouvernementale (à l'instar de l'Union).

Quoi qu'il en soit, l'idée qu'il s'agit de relations extérieures d'une coopération renforcée est soulignée par le fait que dans deux cas, c'est le Conseil en formation « réduite » qui adopte une décision « *statuant à l'unanimité de ses membres représentant les Etats membres qui participent à la coopération renforcée autorisée par le protocole 'Schengen'* » : d'une part, pour fixer la date d'entrée en vigueur pleine et effective de l'acquis de Schengen à l'égard de l'Islande et de la Norvège, lorsque les conditions habituelles sont remplies ⁶⁴⁸, d'autre part pour procéder à une dénonciation éventuelle de l'accord ⁶⁴⁹. Cependant, la cessation de l'accord à l'égard d'un des deux pays doit faire l'objet d'un accord entre « parties restantes », ou à défaut, selon des modalités fixées par le Conseil, apparemment dans sa formation pleine ⁶⁵⁰.

Curieusement, rien n'est indiqué concernant la position du Danemark et ses relations avec l'Islande et la Norvège. Autrement dit, aucun aspect de son régime particulier (notamment l'environnement « titre VI TUE » pour l'ensemble de l'acquis intégré et sa faculté de rester en dehors de toute évolution du titre IV du TCE) n'est envisagé dans l'Accord, de sorte que l'on pourrait se demander dans quelle mesure il est opposable aux deux États nordiques.

⁶⁴⁸. V. article 15, § 4 de l'Accord, ci-dessus.

⁶⁴⁹. Article 16 de l'Accord

De même que rien est indiqué, ni à propos du Danemark, ni à propos du Royaume-Uni et de l'Irlande dans la décision (1999/439) du Conseil ayant pour objet d'approuver cet accord ⁶⁵¹.

En revanche, une décision du Conseil datée du même jour (1999/437) relative à « certaines modalités de l'Accord » en question, et qui a principalement pour objet de préciser (notez : de façon unilatérale) la partie de l'acquis de Schengen relevant de l'Accord ⁶⁵², semble donner quelques indications relativement au *Royaume-Uni et à l'Irlande*. De nouveau, rien est indiqué quant à leur participation ou non au processus d'adoption de cette décision. Par contre, ne seront concernées par cette dernière que les « propositions et (...) initiatives visant la poursuite du développement des dispositions à l'égard desquelles une *coopération renforcée* a été autorisée par le protocole 'Schengen' et qui relèvent d'un des domaines suivants : ... » (article premier). Les propositions et actes qui en résultent devront indiquer cette 'relevance'. Il est ainsi indirectement confirmé que l'Accord du 18 mai 1999 ne s'applique pas au Royaume-Uni et à l'Irlande, si pas formellement, du moins matériellement.

En conclusion, tant l'Accord du 18 mai 1999 que les deux décisions du 17 mai s'appliquent peut-être formellement (en tant que parties contractantes ou membres votants du Conseil) au Royaume-Uni et à l'Irlande, dans leur relations avec l'Islande et la Norvège, mais à tout le moins pas matériellement.

Dès lors que le Royaume-Uni et l'Irlande, on l'a expliqué, sont susceptibles de participer à l'acquis de Schengen ou son développement sur une base ponctuelle (conformément aux articles 4 et 5 du protocole « Schengen », puis des décisions du 29 mai 2000 et du 28 février 2002, v. *supra*), il convenait de régler leurs relations avec l'Islande et la Norvège. Pour ce faire, un autre accord, daté du 30 juin 1999, a été conclu entre le Conseil des ministres d'une part, et l'Islande et la Norvège d'autre

⁶⁵⁰. Article 17 de l'Accord

⁶⁵¹. Décision du Conseil, du 17 mai 1999, relative à la conclusion de l'accord avec la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *J.O.* n° L 176 du 10/07/1999, p. 35.

⁶⁵². 1999/437/CE: Décision du Conseil, du 17 mai 1999, relative à certaines modalités d'application de l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces États à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *J.O.* n° L 176 du 10/07/1999 p. 31.

part, conformément à l'article 6, § 2 du protocole « Schengen »⁶⁵³. Celui-ci vise à étendre les droits et obligations issus de l'acquis de Schengen qui concerne aussi respectivement le Royaume-Uni et l'Irlande, aux relations entre ceux-ci et l'Islande et la Norvège. En outre, une procédure de consultation est prévue au sein du Comité mixte pour toute décision visant à tenir compte de la participation partielle des deux États anglo-saxons.

Quant à la position du *Danemark*, le considérant 7) de la décision (1999/437) suggère seulement (et donc de façon unilatérale) qu'elle s'applique de façon particulière à son égard, tandis qu'il semble avoir aussi pris part à son adoption (nonobstant la dimension « titre IV TCE » de l'Accord et de la décision en question)⁶⁵⁴. Les relations entre le Danemark d'une part, et l'Islande et la Norvège ne semblent dès lors pas réglées, ou du moins, son statut particulier ne semble pas leur être opposable.

Reste à mentionner la décision du Conseil (2000/777) du 1er décembre 2000 relative à la mise en application de l'acquis de Schengen au Danemark, en Finlande et en Suède, ainsi qu'en Islande et en Norvège⁶⁵⁵. Comme son intitulé l'indique, elle statue sur la participation effective des États en question aux accords de Schengen après que son acquis fut intégré dans le cadre de l'Union (Danemark, Finlande et Suède), ainsi que sur la participation effective de l'Islande et de la Norvège. En fixant une date unique à cette fin, à savoir le 25 mars 2001⁶⁵⁶, l'Union nordique des passeports est préservée au mieux.

On notera avec intérêt que cette date aurait encore pu être reportée dans l'hypothèse où les dernières vérifications se seraient révélées insatisfaisantes ; auquel cas, la décision du 1^{er} décembre 2000 (article 3, § 2) prévoyait que le Conseil statue « à la

⁶⁵³ . Accord conclu entre le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'établissement des droits et obligations entre l'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'une part, et la République d'Islande et le Royaume de Norvège, d'autre part, dans les domaines de l'acquis de Schengen qui s'appliquent à ces États, *J.O.* n° L 015 du 20/01/2000, p. 2.

⁶⁵⁴ . Considérant (7) de la Décision 1999/437/CE : « considérant que la présente décision est sans préjudice de l'application ou de l'interprétation tant du protocole sur la position du Danemark annexé par le traité d'Amsterdam au TUE et au TCE que d'autres dispositions du protocole Schengen ».

⁶⁵⁵ . Décision du Conseil 2000/777/CE du 1er décembre 2000 relative à la mise en application de l'acquis de Schengen au Danemark, en Finlande et en Suède, ainsi qu'en Islande et en Norvège, précitée.

⁶⁵⁶ . L'Accord était déjà entré partiellement en vigueur le 26 juin 2000.

majorité qualifiée de ses membres représentant les gouvernements des États membres visés à l'article 1er du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, et avec le vote d'au moins dix de ces membres », autrement dit, en formation « réduite », celle de la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré » (v. *supra*). Toutefois l'adaptation du vote à majorité qualifiée fait montre d'une nouveauté, la prise en compte du critère des dix États membre, à l'instar de l'article 205, § 2 du TCE. Certains pourront s'étonner de voir figurer une telle disposition de nature constitutionnelle dans un acte de droit dérivé

Le Royaume-Uni et l'Irlande ont-ils pris part à cette décision ? Rien ne l'indique, si ce n'est la référence à l'article 15, § 4 de l'Accord du 18 mai 1999, lequel semble plutôt signifier qu'ils ne devaient pas y prendre part. Quid du Danemark ? Ici non plus, rien n'est signalé.

B. Association de la Suisse : Accord paraphé le 25 juin 2004

L'Accord d'association avec la Suisse se voulait une réplique de celui conclu avec l'Islande et la Norvège (encore non publié ?)

A titre de comparaison toutefois, l'accord d'association avec la Suisse est un accord conclu au nom de l'Union et de la Communauté (et non plus par un accord « du Conseil de l'Union »). Le préambule rappelle la situation particulière du Danemark relativement au titre IV du TCE, et à son développement éventuel sous la forme d'obligation de droit international à son égard. Il rappelle également la participation partielle du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'acquis de Schengen et son développement.

Il est également prévu dans l'Accord que la date d'application effective de l'acquis de Schengen dans les relations entre l'Union et la Suisse sera fixée par le « Conseil, statuant à l'unanimité de ses membres représentant les gouvernements des États membres qui appliquent toutes les dispositions visées aux annexes A et B (...) »⁶⁵⁷. Il s'agit donc toujours, dit autrement, des participants à la coopération renforcée désignés à l'article 1 du protocole Schengen. Il est également précisé que la

⁶⁵⁷. Article 15 de l'Accord avec la Suisse.

participation à la procédure de décision du Royaume-Uni et de l'Irlande s'établit en fonction de leur participation aux dispositions en question.

D'autre part, le Conseil a adopté deux décisions en date du 25 octobre 2004 relative à la signature de cet accord avec la Suisse : l'une au nom de la Communauté, et l'autre de l'Union, selon qu'elle concerne le TCE ou le TUE comme fondement au développement ultérieur de l'acquis de Schengen ⁶⁵⁸. Dans les deux cas, leur préambule se réfère à la position particulière du Royaume-Uni et de l'Irlande fondamentalement de la même façon que dans l'Accord (fût-ce de façon un peu plus précise), ainsi qu'à celle du Danemark. Rien n'est cependant indiqué quant à la participation normale de ces trois États à l'adoption de ces deux décisions.

III. Relations extérieures des coopérations renforcées *mutatis mutandis* « non Schengen » dans le cadre du titre IV du TCE

A. Association de l'Islande et de la Norvège au régime de détermination de l'État responsable du droit d'asile et au système EURODAC

Le 19 janvier 2001, la Communauté a conclu un accord avec l'Islande et la Norvège « sur les critères et les mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre, en Islande ou en Norvège » ⁶⁵⁹. Son objet consiste à étendre aux deux pays nordiques le contenu du Règlement 343/2003 qui avait remplacé, sur ce sujet, la Convention de Dublin (d'où

⁶⁵⁸. 2004/860/CE: Décision du Conseil du 25 octobre 2004 relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, et à l'application provisoire de certaines dispositions de l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *J.O.* n° L 370 du 17/12/2004, p. 78 ; 2004/849/CE: Décision du Conseil du 25 octobre 2004 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à l'application provisoire de certaines dispositions de l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *J.O.* n° L 368 du 15/12/2004, p. 26.

⁶⁵⁹. *J.O.* L 93 du 3 avril 2001. V. aussi *Information* relative à l'entrée en vigueur de l'accord entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège, *J.O.* n° L 112 du 21/04/2001, p. 16.

Règlement « Dublin II »), ainsi que le Règlement « Eurodac »⁶⁶⁰. La Convention de Dublin avait toutefois été maintenue pour continuer de régir les relations entre le Danemark et les autres États membres : en effet, c'est sur base du titre IV du TCE qu'a été adopté le Règlement « Dublin II », et pas en tant que développement de l'acquis de Schengen (sur la position du Danemark, v. *infra*).

L'accord prévoit en outre une série de mesures, notamment la création d'un comité mixte représentant les trois parties contractantes, permettant à l'Islande et la Norvège de participer au *decision shaping* des actes ultérieurs concernant le sujet en question⁶⁶¹. Ces actes lient les deux États sous réserve de leur acceptation, incitée par un risque de dénonciation de l'accord. Ce comité mixte est également en charge de résoudre tout conflit de nature juridique, ce qui exclut toute intervention de la Cour de justice ; toutefois, l'Islande est en droit de présenter des observations devant la Cour de justice lorsque celle-ci est saisie d'une question préjudicielle sur le sujet⁶⁶².

Tandis que l'accord est silencieux quant à la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande, la décision du Conseil du 15 mars 2001, qui a approuvé cet accord conclu par et au nom de la Communauté⁶⁶³, indique que les deux États ont notifié leur souhait de participer à son adoption et à l'application de celle-ci (et donc de l'accord), conformément à l'article 3 du protocole « britannico-irlandais » (considérant 7).

L'accord rappelle en revanche que les actes adoptés sur base du titre IV du TCE – dont cet accord – ne s'appliquent pas au Danemark⁶⁶⁴. La décision du Conseil du 15 mars 2001, confirme qu'elle ne concerne pas le Danemark qui n'a pas participé à sa

⁶⁶⁰ . Article premier, § 5 de l'accord.

⁶⁶¹ . Articles 2 et 3 de l'accord.

⁶⁶² . Articles 6 et 8 de l'accord.

⁶⁶³ . 2001/258/CE: Décision du Conseil du 15 mars 2001 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur les critères et les mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre, en Islande ou en Norvège, *J.O.* n° L 093 du 03/04/2001, p. 38. A cet égard la décision désigne la Commission comme représentant de la Communauté au sein du Comité mixte établi par l'Accord (CE, Norvège et Islande), et dispose que le Conseil statue à la MQ pour déterminer les positions de la Communauté.

⁶⁶⁴ . V. le dernier considérant et l'article 13, § 2 de l'accord.

prise de décision et qui n'est pas lié par celle-ci ⁶⁶⁵. Il convient donc implicitement d'entendre la « Communauté » au nom de laquelle l'accord est conclu comme ne comprenant pas le territoire du Danemark, ce dont les deux États tiers sont ainsi informés.

L'article 12 de l'acte prévoit toutefois que le Danemark puisse participer ultérieurement à cet accord, à sa demande, auquel cas « les parties contractantes, agissant avec le consentement du Danemark, fixent les conditions pour une telle participation, dans un protocole au présent accord » (article 12 de l'accord).

Il aura fallu plusieurs années avant qu'un tel *protocole à l'accord du 19 janvier 2001* ne fût signé, le 29 juin 2005, entre la Communauté, l'Islande et la Norvège ⁶⁶⁶, pour finalement entrer en vigueur le 1^{er} mai 2006 ⁶⁶⁷. Il a pour objet de régir les relations entre, d'une part le Danemark (qui n'est pas partie à l'accord du 19 janvier 2001), et l'Islande et la Norvège d'autre part. Ainsi, le dispositif du Règlement « Dublin II » et du Règlement « Eurodac » est rendu applicable dans leurs relations mutuelles « en vertu du droit international ». Il en va de même pour les modifications ultérieures de ces actes, ainsi que les mesures d'exécution à l'adoption desquelles ils ne prennent part qu'au *decision shaping*, pour autant qu'ils aient tous notifié leur acceptation de ces actes, au risque d'une dénonciation de l'ensemble de l'accord à l'égard de l'Etat qui ne le ferait pas. Du moins en va-t-il ainsi pour l'Islande et la Norvège qui conservent ainsi les mêmes prérogatives face au Danemark qu'à l'égard de la Communauté. En revanche, le Danemark semble exclu, quant à lui, du *decision shaping*, et notamment du comité mixte (ce qui est également conforme à la philosophie de l'accord entre la Communauté et le Danemark qui ne prévoit pas de comité mixte, v. supra). Il en est également exclu pour la résolution des litiges d'ordre juridique ⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ . Conformément aux articles 1 et 2 du protocole « danois » - considérant (8) de l'accord.

⁶⁶⁶ Protocole à l'accord entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège, *J.O.* n° L 57 du 28 février 2006, p. 16.

⁶⁶⁷. Information concernant l'entrée en vigueur du protocole à l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège, *J.O.* n° L 112 du 26 avril 2006, p. 12.

Le protocole à l'accord du 29 juin 2005 n'indique rien concernant la position du Royaume-Uni, de l'Irlande, tandis que le Danemark, qui n'est pas formellement partie à l'accord, est invité à donné son consentement au contenu du protocole en question (conformément à l'article 12 de l'accord du 19 janvier 2001). Une décision du Conseil du 21 février 2006 relative à la conclusion de ce protocole à l'accord en question confirme qu'effectivement, contrairement au Royaume-Uni et l'Irlande qui ont notifié leur volonté de participer à son adoption ⁶⁶⁹, le Danemark n'y participe pas et n'est pas lié. Il n'empêche qu'ici aussi, c'est au nom de la Communauté que la Commission a négocié l'accord et que celui-ci a été conclu ⁶⁷⁰.

Il peut paraître surprenant que le Danemark ne prenne pas directement part, ni à l'accord qui concerne ses relations avec l'Islande et la Norvège (sous réserve de son « consentement »), ni à l'adoption du règlement approuvant cet accord. En revanche, la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers a également fait l'objet, au même moment que le protocole à l'accord du 29 juin 2005, d'un accord parallèle entre la Communauté et le Danemark que nous analyserons plus loin.

B. Les accords de réadmission avec des pays tiers

Les accords de réadmission constituent un autre exemple de la dimension externe de l'espace de liberté et justice, et plus particulièrement du titre IV du TCE (article 63, § 3, point b), sans constituer en soi (semble-t-il, v. ci-dessous) un développement de l'acquis de Schengen. Le Danemark est systématiquement exclu de ces accords, ainsi que de l'adoption des décisions relatives à ces accords. En général, le Royaume-Uni décide d'activer son *opt-in*, tandis que l'Irlande y renonce parfois ; tel est par exemple

⁶⁶⁸ . Article 4 du protocole à l'accord.

⁶⁶⁹ . Conformément à l'article 3 du protocole britannico-irlandais.

⁶⁷⁰ . 2006/167/CE: Décision du Conseil du 21 février 2006 relative à la conclusion d'un protocole à l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O. n° L 057 du 28 février 2006, p. 15*

le cas de l'accord de réadmission avec le Sri Lanka, ou avec l'Albanie, tandis que tous deux ont pris part à l'accord de réadmission avec Hong-Kong ⁶⁷¹.

Outre le préambule de ces accords qui donnent les indications quant à la participation des uns et des autres, les accords ont pratiquement toujours la même structure. Le premier article dispose qu'il faut entendre par « État membre » tout ceux-ci, à l'exception du Danemark. Le dernier article rappelle, par le biais d'une limitation du champ d' « application territoriale », qu'il ne s'applique pas au Danemark.

Les décisions du Conseil relatives à la signature ou la conclusion de ces accords rappellent également le statut particulier de l'un ou l'autre État ⁶⁷². Parfois, on retrouve même la fameuse formule finale « Les États membres sont destinataires de la présente décision conformément au Traité instituant la Communauté européenne » ⁶⁷³.

On relèvera encore deux déclarations communes des parties contractantes annexées à ce type d'accord, l'une concernant le Danemark, l'autre concernant l'Islande et la Norvège. Il y est convenu que les États tiers concluront avec ces États nordiques, à titre individuel, un accord de réadmission aux mêmes conditions. Autrement dit, il n'est pas question ici d'associer le Danemark par un second accord entre la Communauté avec les pays tiers de réadmission pour régler leurs relations mutuelles (comme cela a été le cas pour les relations Danemark / Islande et Norvège relativement aux coopérations renforcées « Schengen », v. ci-dessus) : cette fois, ces relations doivent faire l'objet d'un accord direct entre le Danemark et les pays tiers de

⁶⁷¹ . Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *J.O.* n° L 124, 2005, p. 43. Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *J.O.* n° L 124, 2005, p. 22. Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong-Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *J.O.* n° L 017 du 24/01/2004 p. 25.

⁶⁷² . Décision du conseil du 3 mars 2005 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (2005/372/CE), *J.O.* n° L 124 du 17/05/2005, p. 41 . Décision du Conseil du 3 mars 2005 relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (2005/371/CE), *J.O.* n° L 124 du 17/05/2005 p. 21. Décision du Conseil du 17 décembre 2003 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong-Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (2004/80/CE), *J.O.* n° L 017 du 24/01/2004 p. 23.

⁶⁷³ . Article 6 de l'accord avec Hong-Kong.

réadmission. En revanche, rien n'est prévu pour le Royaume-Uni ou l'Irlande lorsque ceux-ci ne sont pas parties prenantes aux accords de réadmission de la Communauté. Pour ce qui est des accords de réadmission avec l'Islande et la Norvège, ils sont justifiés par les « relations étroites » qui existent avec la Communauté européenne, « particulièrement », concernant l'association de ces pays à la mise en œuvre et au développement de l'acquis de Schengen (ce qui pourrait laisser d'ailleurs planer un doute sur la nature « Schengen » ou non des accords de réadmission).

C. Autres accords d'association plus vastes

Pour terminer ce tour d'horizon de l'incidence sur les relations extérieures des coopérations renforcées, en l'occurrence, *mutatis mutandis*, au sein de l'Union, on examinera encore deux accords d'association portant sur un domaine plus large que les politiques relevant de l'espace de liberté, sécurité et justice.

Prenons par exemple l'*Accord euro-méditerranéen* établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part ⁶⁷⁴. C'est dans une déclaration de la Communauté annexée à cet accord mixte qu'on peut lire que les dispositions de l'accord qui relèvent du titre IV du TCE lient le Royaume-Uni et l'Irlande « *en tant que parties contractantes distinctes et non en qualité d'États membres de la Communauté européenne* (nous soulignons) jusqu'à ce que le Royaume-Uni ou l'Irlande (selon le cas) notifie à la République arabe d'Égypte qu'il ou elle est désormais lié(e) en tant que membre de la Communauté européenne, conformément au protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexée au TUE et au TCE. Les mêmes dispositions s'appliquent au Danemark, conformément au protocole sur la position du Danemark annexé auxdits traités ». On retrouve exactement la même formule dans la décision du Conseil relative à la conclusion de cet accord ⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ . *J.O.* n° L 304 du 30/09/2004, p. 39

⁶⁷⁵ . V. le considérant (2) de la décision du Conseil du 21 avril 2004 concernant la conclusion d'un accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République arabe d'Égypte, d'autre part (2004/635/CE), *J.O.* n° 304 du 30 octobre 2004, p. 38.

Cette formule comporte l'avantage, en ce qui concerne le Danemark (mais aussi le Royaume-Uni et l'Irlande) de régir ses relations aussi bien vis-à-vis du reste de la Communauté qu'à l'égard de l'Égypte. Pas besoin d'accord supplémentaire, comme dans d'autres cas évoqués ci-dessus. Il est difficile de savoir si c'est la mixité de l'accord qui autorise le recours à une telle formule. Si tel n'est pas le cas, on pourrait se demander pourquoi elle ne pouvait être mise en œuvre en lieu et place des accords « parallèles » entre la Communauté et le Danemark, par exemple concernant la question de la détermination de l'État compétent en matière d'asile...

On observera par ailleurs que ce régime concerne tout le titre IV du TCE, sans plus ici faire de précision quant à la distinction « développement de Schengen » ou non.

Un cas de figure un peu différent réside dans l'Accord-cadre entre la Communauté européenne et la République de Turquie établissant les principes généraux de la participation de la République de Turquie aux programmes communautaires ⁶⁷⁶. L'accord n'indique absolument rien quant au statut particulier éventuel des trois États membres en question, ce qui soulève un problème éventuel d'opposabilité de ces statuts particuliers à l'égard de la Turquie.

Ce n'est que dans le préambule de la décision du Conseil relative à la conclusion de cet accord-cadre qu'il apparaît que le Danemark, « conformément aux articles 1 et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au (TUE et TCE), *ne participe pas à la partie de la présente décision* du Conseil adoptée eu égard au titre IV du traité CE, et le Danemark n'est pas lié par cette partie de la présente décision du Conseil ni soumis à son application » ⁶⁷⁷. Autrement dit, le Danemark n'est pas lié par l'accord, même à titre individuel, et aucune allusion n'est faite à ses facultés dans l'hypothèse où il s'agirait d'un développement de l'acquis de Schengen.

De même concernant le Royaume-Uni et l'Irlande, ils seront « seulement liés *par la partie relative au titre IV du traité CE* de la présente décision du Conseil et soumis à son application, si le Royaume-Uni et l'Irlande sont liés par cet instrument

⁶⁷⁶ . *J.O.* n° L 061 du 02/03/2002, p. 29.

⁶⁷⁷ . Considérant (8) du préambule de la décision du Conseil du 17 décembre 2001 relative à la conclusion d'un accord-cadre entre la Communauté européenne et la République de Turquie établissant

conformément au protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au TUE et au TCE »⁶⁷⁸.

Toutefois, il n'est pas expliqué comment ces trois États membres pouvaient être écartés pour l'adoption d'une partie seulement de la décision...

IV. Relations « extérieures » des coopérations renforcées avec certains de ses États membres non participants : les accords parallèles de la Communauté avec le Danemark

Nous avons déjà évoqué ci-dessus ⁶⁷⁹ les trois cas dans lesquels la Communauté a été amenée à conclure des accords internationaux avec un de ses États membres, le Danemark. Il s'agit là d'une curiosité sur le plan institutionnel, à tout le moins d'une pratique inédite, consistant à conclure des accords « parallèles » à des règlements communautaires, en l'occurrence inapplicables au Danemark. Non que ces accords, en soi, soient interdits, ou illogiques, puisqu'en l'occurrence le Danemark aurait conservé sa compétence nationale au titre de son statut particulier. Non qu'ils entraînent nécessairement de l'insécurité juridique, notamment vis-à-vis des États tiers, du moins lorsque ceux-ci sont dûment avertis et ont consenti à ce que le champ d'application territorial communautaire connaisse une limite particulière. Mais le protocole « danois », voulu par le Danemark et accepté par les autres États membres, pose le principe qu'il peut renoncer en tout ou en partie à son statut particulier, et rentrer dans l'ordre en appliquant comme les autres États membres tous les actes concernés dont ils étaient jusque là exemptés. Mais précisément, *comme les autres*, notamment sans dénaturer sa caractéristique communautaire.

Cette faculté d'*opt-in* constitutionnelle n'est pas la seule solution lorsque la mise en œuvre du titre IV du TCE procède d'un développement de l'acquis de Schengen :

les principes généraux de la participation de la République de Turquie aux programmes communautaires (2002/179/CE), J.O n° L 061 du 02/03/2002, p. 27.

⁶⁷⁸ . Considérant (9) du préambule, qui débute comme suit : « Le Royaume-Uni et l'Irlande ont l'intention de participer à l'adoption du règlement du Conseil établissant un cadre général d'activité communautaire destiné à faciliter la mise en oeuvre d'un espace judiciaire européen en matière civile, et lorsqu'il sera adopté, le Royaume-Uni et l'Irlande seront liés par celui-ci et soumis à son application ».

⁶⁷⁹ . Chapitre 13, section III.

faculté est alors aussi laissée au Danemark de choisir, au cas par cas, les actes qui leur seront applicables en tant qu'obligation de droit international (auquel cas les relations avec le Danemark sont réglées). Mais cette dernière option n'existe pas pour la mise en œuvre du titre IV du TCE hors acquis de Schengen, comme la question de l'État responsable d'une demande d'asile.

En d'autres mots, ces accords parallèles destinés à associer le Danemark constituent une pratique non illégale, mais qui déroge au protocole « danois », du moins à son esprit. D'aucuns argueront qu'il ne s'agit tout de même pas, à proprement parler, de relations « extérieures » de la Communauté. Sans doute. Force est pourtant de constater que la forme et le contenu de tels accords sont fort semblables aux accords d'association conclus par la Communauté avec les pays tiers, par exemple avec l'Islande et la Norvège, à commencer par leur dénomination « accord de la Communauté ». Quoi qu'il en soit, ces accords parallèles constituent en quelque sorte des relations « extérieures » aux coopérations renforcées *mutatis mutandis*, et préfigurent peut-être ainsi la façon dont les coopérations renforcées (au sens du mécanisme général) organiseront une partie de leurs relations avec les États membres non participants. Nous verrons, dans la seconde partie de cette étude, que des techniques analogues existent dans le cadre de l'Union économique et monétaire.

Prenons, par exemple, l'« *Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark* concernant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers au Danemark ou dans tout autre État membre de l'Union européenne et le système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin »⁶⁸⁰.

Signé le 13 mars 2005, et entré en vigueur le 1^{er} avril 2005⁶⁸¹, cet accord a été approuvé par une décision du Conseil du 21 février 2006⁶⁸², soit au même moment

⁶⁸⁰ . *J.O.* n° L 66 du 8 mars 2006, p. 38.

⁶⁸¹ . Information relative à l'entrée en vigueur de l'accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark, étendant au Danemark les dispositions du Règlement n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, et du Règlement n° 2725/2000 du Conseil concernant la création du système Eurodac pour la comparaison

que l'approbation du protocole à l'accord entre la Communauté, l'Islande et la Norvège pour régir les relations de ces deux derniers avec le Danemark (v. ci-dessus). Il a pour objet d'étendre au Danemark le dispositif du Règlement « Dublin II » (c'est-à-dire le règlement, qui a remplacé la Convention de Dublin, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers ⁶⁸³), ainsi que le règlement concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin ⁶⁸⁴. Nous avons déjà signalé, en effet, que relevant du titre IV du TCE, le Danemark n'avait pas participé à l'élaboration de ces règlements qui ne lui étaient donc pas applicables.

Au terme de cet accord, les dispositions desdits règlements s'appliquent aux relations entre la Communauté et le Danemark « en vertu du droit international », ce qui est une résurgence de l'esprit du protocole « danois » (article 5) concernant le développement de l'acquis de Schengen. Il en va de même concernant leurs modifications ultérieures et leurs mesures d'application, bien que celles-ci soient adoptées sans le concours du Danemark, que ce soit par le Conseil, ou via les comités consultatifs de la Commission européenne (comitologie). Plus précisément, le Danemark est contraint par ces mesures ultérieures pour autant qu'il notifie son consentement à les mettre en œuvre (ce qui est dans la ligne de l'article 5 du protocole « danois »), ce qu'il est vivement incité de faire, au risque de voir l'accord dénoncé par la Communauté ⁶⁸⁵. Contrairement à l'Islande et à la Norvège (v. ci-dessus à propos du comité mixte), le Danemark semble donc exclu du *decision-shaping* de ces mesures ultérieures.

des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *J.O.* n° L 096 du 5 avril 2006, p. 9.

⁶⁸². 2006/188/CE: Décision du Conseil du 21 février 2006 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark, étendant au Danemark les dispositions du Règlement n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, et du Règlement n° 2725/2000 du Conseil concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *J.O.* n° L 066 du 8 mars 2006, p. 37.

⁶⁸³. Règlement n° 343/2003 du 18 février 2003 précité.

⁶⁸⁴ Règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000, précité.

⁶⁸⁵. Articles 2 à 4 de l'accord du 13 mars 2005 CE/Danemark.

Dès lors que ces dispositions s'appliquent « en vertu du droit international », un certain nombre de mesures sont établies par l'accord afin de rendre la Cour de justice compétente pour l'interprétation de celui-ci, en confirmant à cet égard la Commission dans son rôle de « gardienne de l'accord », ainsi que pour statuer sur les questions préjudicielles selon des modalités particulières ⁶⁸⁶. Il s'agit là d'une différence notable avec l'accord entre la Communauté, l'Islande et la Norvège du 19 janvier 2001, puisque tout conflit juridique y est là soumis à une décision politique du Comité mixte (v. *supra*). De même, une coordination est prévue en ce qui concerne la conclusion d'accords par la Communauté ou par le Danemark avec des Etats tiers en ce domaine⁶⁸⁷. Enfin, l'accord prévoit une contribution financière de la part du Danemark ⁶⁸⁸.

En résumé, l'accord avec le Danemark intègre davantage ce dernier que l'Islande et la Norvège dans le système communautaire au niveau du contrôle juridictionnel et des relations extérieures, ce qui est compréhensible vu sa qualité d'État membre. En revanche, et c'est paradoxal, il n'est pas associé au *decision-shaping* des mesures ultérieures, au contraire de l'Islande et de la Norvège.

Cet accord n'indique rien quant à la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande, mais la décision d'approbation du 21 février 2006, évoquée ci-dessus, signale que le Royaume-Uni et l'Irlande ont décidé de participer à son adoption et d'être liés par elle (conformément à l'article 3 du protocole « britannico-irlandais »), au contraire du Danemark (conformément aux articles 1 et 2 du protocole danois), si ce n'est comme partie contractante adverse bien entendu. Bien que le Danemark ne soit pas lié au titre de la Communauté, la décision rappelle qu'il s'agit d'un accord négocié par la Commission et à signer « au nom de la Communauté » en tant que telle.

Deux autres accords ont été conclus par la Communauté avec le Danemark, dont la forme et le contenu sont similaires à l'accord décrit ci-dessus en matière d'asile, à commencer par la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande.

⁶⁸⁶ . Articles 6 et 7 de l'accord du 13 mars 2005 CE/Danemark.

⁶⁸⁷ . Article 5 de l'accord du 13 mars 2005 CE/Danemark.

Il s'agit, d'une part de l' « *Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* »⁶⁸⁹, d'autre part de l' « *Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale* »⁶⁹⁰. Le premier vise à étendre au Danemark le dispositif du Règlement 44/2001 (précité) qui a remplacé la Convention de Bruxelles I sur la compétence judiciaire et la reconnaissance des décisions, tandis que le second procède de même concernant le Règlement 1348/2000 (précité) qui a remplacé une convention communautaire (qui n'est jamais entrée en vigueur)⁶⁹¹.

On observera que les décisions du Conseil relatives à la signature de ces deux accords précisent que c'est « *exceptionnellement* » que la Commission a été autorisée à négocier un accord de ce type avec le Danemark⁶⁹². Ainsi, il n'existe pas, à notre connaissance, un tel accord pour étendre au Danemark l'application du Règlement 2221/2003 qui a remplacé la Convention de Bruxelles II évoquée ci-dessus (ou plus exactement, qui a remplacé le Règlement 1347/2000, lequel avait remplacé la Convention de Bruxelles II).

⁶⁸⁸. Comme pour le Danemark et l'Islande, article 9 de l'accord du 19 janvier 2001).

⁶⁸⁹. *J.O.* n° L 299 du 16/11/2005 p. 62. V. aussi la décision du Conseil 2006/325/CE du 27 avril 2006 concernant la *conclusion* de l'accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.* n° L 120 du 05/05/2006, p. 22

⁶⁹⁰. *J.O.* n° L 300 du 17/11/2005 p. 55. V. aussi la décision du Conseil 2006/326/CE du 27 avril 2006 concernant la *conclusion* de l'accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *J.O.* n° L 120 du 05/05/2006, p. 23.

⁶⁹¹. V. l'Acte du Conseil du 26 mai 1997 établissant la convention relative à la signification et à la notification dans les États membres de l'Union européenne des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale

⁶⁹². V. les considérants (2) de la décision 2005/790/CE du Conseil du 20 septembre 2005 relative à la signature de l'accord, au nom de la Communauté, entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.* n° L 299 du 16/11/2005, p. 61, ainsi que de la décision 2005/794/CE du Conseil du 20 septembre 2005 concernant la signature, au nom de la Communauté, de l'accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *J.O.* n° L 300 du 17/11/2005 p. 53.

Dans un document interne de la Commission européenne ⁶⁹³, celle-ci a tenté d'établir une approche générale sur cette question. Elle souligne notamment que cette technique d'accord parallèles doit être provisoire (le temps que le Danemark « régularise » sa position), et exceptionnelle, lorsqu'elle présente une réelle valeur ajoutée au profit de la Communauté. Plusieurs critères sont avancés pour reconnaître une telle valeur ajoutée. Par exemple, lorsque la Communauté estime nécessaire de conclure des accords « parallèles » avec des États tiers (comme l'Islande et la Norvège par exemple), afin que le Danemark ne se retrouve pas dans une situation moins favorable. Ou encore lorsque l'instrument communautaire remplace une Convention intergouvernementale à laquelle le Danemark était partie. Ce document interne préfigure aussi largement le contenu de tels accords parallèles (application des mêmes règles, rôle de la Cour de justice, relations avec pays tiers, etc.).

Les domaines envisagés sont précisément ceux qui ont fini par faire l'objet des trois accords analysés ci-dessus. Ainsi, par exemple, aucun accord entre la Communauté et le Danemark n'ont été envisagés en ce qui concerne les accords de réadmission conclus avec des États tiers (v. ci-dessus).

CHAPITRE 15. — SYNTHÈSE

I. Un espace à géométrie variable et à la carte complexe

Les Chapitres qui précèdent montrent à suffisance l'extraordinaire complexité de l'espace à géométrie variable, issu de quatre protocoles accompagnant le traité d'Amsterdam, dont bénéficient, pratiquement « à la carte », trois États membres. Plusieurs facteurs expliquent cette complexité, nonobstant l'existence de certaines règles d'articulation entre ces protocoles ⁶⁹⁴.

⁶⁹³ . SEC (2001)1347, du 28 août 2001, Interface entre la mise en œuvre du Titre IV du TCE et le Protocole sur la position du Danemark – Est-ce que le Danemark peut participer à la mise en œuvre de mesures fondées sur le Titre IV du TCE et, si oui, sous quelles conditions, O/264/2001, en particulier p. 5 et s.

D'abord, l'articulation entre ces protocoles repose sur un cloisonnement parfois quelque peu artificiel, mais surtout peu précis, opéré au sein du nouveau titre IV du TCE entre les mesures visant à développer l'acquis de Schengen et celles qui ne concernent pas le développement de l'acquis de Schengen ⁶⁹⁵. L'accord d'association avec la Norvège et l'Islande donne bien quelques indications quant aux questions relevant de « Schengen », mais seulement d'ordre général. La notion d'acquis de Schengen n'est d'ailleurs peut-être pas exactement la même à l'égard par exemple du Danemark ⁶⁹⁶. Il n'y a en outre pas de corrélation stricte entre ces deux régimes, et d'une part l'application du protocole « Schengen », d'autre part les protocoles « danois » et « britannico-irlandais » (puisque par exemple, les articles 1, 2 et 5 du protocole danois concernent finalement aussi le développement ultérieur de l'acquis de Schengen).

D'une manière plus générale se pose le problème d'articulation entre l'espace Schengen et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ceux-ci constituent deux ensembles concentriques mais qui ne se recouvrent pas totalement. D'une part, toute décision reposant sur un des deux piliers du nouvel espace — à savoir le nouveau titre IV du TCE et le titre VI du TUE remanié — ne concerne pas nécessairement l'acquis de Schengen ou son développement. D'autre part, seule une partie des dispositions de l'acquis de Schengen ont été sélectionnées pour être intégrées dans les traités CE et UE; et certaines d'entre elles n'ont pas été rattachées à l'un des deux titres fondant le nouvel espace, mais à d'autres bases juridiques du TCE.

Ensuite, à côté du mécanisme général de la coopération renforcée, l'on a créé d'autres régimes qui s'en éloignent plus ou moins, et qui varient soit en fonction du domaine envisagé, soit en fonction de l'État concerné.

Ainsi, la technique utilisée pour exempter le Royaume-Uni et l'Irlande en ce qui concerne l'intégration et le développement de l'acquis de Schengen dans le cadre des

⁶⁹⁴ . V. l'article 43, i) du TUE donnant la prévalence du protocole Schengen sur le mécanisme général de la coopération renforcée, ainsi que l'article 7 du protocole « britannico-irlandais » reconnaissant également cette prévalence sur lui-même.

⁶⁹⁵ . En ce sens, v. également H. Kortenbergh, « Closer cooperation in the treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, 1998, p. 843.

TCE et TUE ressemble à celle du protocole social de Maastricht, à savoir une habilitation constitutionnelle des Treize par les Quinze. Présenté comme une variante au droit commun de la coopération renforcée, ce régime particulier prévoit la possibilité pour ces deux États d'adhérer à tout ou partie de l'acquis de Schengen avec l'accord unanime des Treize, lesquels forment d'emblée une sorte de coopération renforcée « préétablie ». Ils peuvent en outre participer au processus de décision pour développer cet acquis de par leur simple volonté, ou encore participer ultérieurement au futur acquis de la coopération renforcée des (Douze ou) Treize, conformément aux dispositions du mécanisme de la coopération renforcée (en l'occurrence, qui aura été « réputée autorisée »). En revanche, seule une révision des traités pourrait mettre fin à ce régime particulier : il n'y a pas de faculté d'*opt-in* constitutionnelle.

En ce qui concerne les développements fondés sur le nouveau titre IV du TCE — par hypothèse non couverts par l'acquis de Schengen — l'on a vu que bien que le régime d'exemption et de participation ultérieure accordé au Royaume-Uni et à l'Irlande soit spécifique au protocole en question, ce régime comporte des similitudes sur le fond avec le mécanisme de la coopération renforcée et sa variante instaurée par le protocole « Schengen ». Il s'agit en quelque sorte, pour reprendre l'expression du traité lui-même, d'une coopération renforcée *mutatis mutandis*. Ce régime n'est d'ailleurs pas tout à fait identique pour les deux États car l'Irlande bénéficie d'une faculté d'*opt-in* constitutionnelle.

S'agissant du Danemark, le système est différent. Il fait formellement partie de la coopération renforcée préétablie « Schengen intégré ». Cet acquis lui est applicable, mais sera considéré uniquement à son égard comme relevant du titre VI du TUE (ou selon l'interprétation, déjà comme une « obligation de droit international »), sans tenir compte des dispositions éventuellement classées dans le premier pilier, notamment le titre IV du TCE. Il fait aussi formellement partie des coopérations renforcées (« réputée(s) autorisée(s) »), notamment pour la mise en oeuvre du titre VI du TUE. Mais il est exclu de la mise en oeuvre effective des coopérations renforcées « développement Schengen » pour ce qui est des dispositions du titre IV du TCE et des actes qui en dérivent, tout comme il reste en dehors des coopérations renforcées

⁶⁹⁶ . V. G. Papagianni, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New

mutatis mutandis « Titre IV TCE ». Lors d'un développement « Schengen », il dispose de six mois pour décider de prendre à son compte une mesure nouvelle en tant qu' « obligation de droit international ». Le beurre et l'argent du beurre en quelque sorte... Dans le cas contraire, le Danemark n'est pas en droit d'adhérer ultérieurement au droit dérivé du titre IV du TCE, comme le Royaume-Uni et l'Irlande, en dehors d'une décision de principe de renoncer à la totalité ou à une partie du régime dérogatoire qui lui est concédé. Cette faculté d'*opt-in* constitutionnelle doit cependant s'effectuer conformément à ses propres exigences constitutionnelles nationales. Elle n'a encore jamais été exercée à ce jour, de sorte que dans certains cas, l'on a dû recourir à des accords internationaux parallèles entre la Communauté et le Danemark.

Il est pour le moins paradoxal d'avoir concédé encore davantage de discrétion au Danemark, partie aux accords de Schengen originels, qu'au Royaume-Uni et à l'Irlande.

Arrivé en bout d'analyse, l'on est en droit de se demander ce qui a pu se passer pour en arriver à une telle complexité qui culmine à son faite lorsqu'on se penche sur l'incidence de la variété de ces coopérations renforcées sur les relations extérieures de l'Union. Une complexité illisible pour un citoyen ordinaire, et que les juristes n'ont pas fini de devoir décortiquer. L'on peut comprendre que le compromis politique entre quinze États, lesquels n'ont pas toujours les mêmes priorités, implique quelque ambiguïté ou sophistication. L'on peut toutefois se demander s'il est normal, après un an et demi de négociation, que les trois protocoles accordant de larges exemptions à trois États membres aient été présentés et adoptés à Amsterdam sans que personne ne les ait vus. Puis revus et adaptés par le traité constitutionnel sans davantage de transparence.

II. La pratique des coopérations renforcées dans l'espace de liberté, sécurité et justice à l'aune du mécanisme général de la coopération renforcée

Nous avons montré que dans le cadre de l'espace de liberté, sécurité et justice, il convenait de distinguer les coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen,

Forms », précité, 2001, pp. 124 et 125.

et les coopérations renforcées *mutatis mutandis* relatives à la mise en œuvre du titre IV du TCE ne relevant pas de l’acquis de Schengen. Concernant les premières, l’on se doit également de distinguer la coopération renforcée préétablie relative à l’acquis de Schengen intégré dans le cadre de l’Union et les coopérations renforcées éventuelles, au sens du mécanisme général, ayant trait au développement de cet acquis.

S’agissant d’abord de la *coopération renforcée* « *Schengen intégré* », il ne s’agit pas d’une coopération renforcée à proprement parler au sens du mécanisme général, ne fût-ce que parce que son objet est figé une fois pour toute, à savoir l’acquis de Schengen au jour de son intégration dans le cadre de l’Union. Son développement sera assuré, pour le coup, par de ‘vraies’ coopérations renforcées (v. ci-après). Le Conseil n’est amené à statuer en formation « réduite », de la même façon qu’au sein d’une ‘vraie’ coopération renforcée⁶⁹⁷, qu’à propos de la participation effective et progressive des États membres y participant formellement, ainsi que de la participation ponctuelle des deux non participants que sont le Royaume-Uni et l’Irlande, et à leur initiative seulement (comme pour une ‘vraie’ coopération renforcée). En revanche, la ventilation de l’acquis sous les bases juridiques des traités a été effectuée par le Conseil en formation pleine.

Cette coopération renforcée est davantage que « prédéterminée, elle est préétablie du fait qu’elle est mise sur pied directement par le traité, sans devoir passer par une décision du Conseil (*enabling clause*) ; le traité définit aussi d’emblée son objet et l’identité de ses participants (tous les États membres à l’exception du Royaume-Uni et de l’Irlande). Les conditions de participation et les modalités de vérification sont également *prédéterminées*, mais elles figurent de façon éparses et peu formelles dans des dispositions de droit dérivé constituant cet acquis, et non dans le traité lui-même. En outre, ces conditions de capacité objectives ne conditionnent pas l’appartenance formelle des États membres au système Schengen, et partant la participation au processus de décision, mais seulement leur participation effective, voire progressive, à la mise en œuvre du contenu normatif, ce qui relativise quelque peu le principe d’ouverture. D’un point de vue conceptuel, on pourrait même imaginer que les

⁶⁹⁷ . « *A l’unanimité des États autorisés par l’article 1^{er} du protocole Schengen* », (Articles 2, § 2 et 4, alinéa 2 du protocole “Schengen”).

participants effectifs à l'acquis de Schengen constituent une sorte de sous-coopération renforcée, ou constitue elle-même la véritable coopération renforcée.

Quant au Danemark, il fait formellement partie de cette coopération renforcée préétablie, mais jouit d'un régime spécial dès lors que l'acquis de Schengen ne s'applique à son égard que dans un cadre purement intergouvernemental⁶⁹⁸. Peut-être jouit-il déjà à ce stade de la faculté discrétionnaire de renoncer en tout ou en partie à son régime spécial (*opt-in* constitutionnelle), comme dans les situations évoquées ci-dessous.

Venons-en ensuite aux *coopérations renforcées « réputées » autorisées concernant le développement de l'acquis de Schengen*, à savoir des coopérations renforcées au sens du mécanisme général. Celles-ci relèvent pareillement de l'ordre de la potentialité, de même qu'une incertitude subsiste quant à la participation de certains États membres, et quant à l'objet exact du contenu des actes envisagés par celles-ci (encore que cet objet, tout comme l'identité des participants, soit davantage « prédéterminé » que pour une coopération renforcée, en sens du mécanisme général, compte tenu de sa relation à l'acquis de Schengen existant). En revanche, celles-ci sont, le cas échéant, réputées autorisées, de sorte que les conditions préalables au déclenchement telles que celles du dernier ressort ou de la masse critique ne sont pas de mise. Le régime du mécanisme de la coopération renforcée régit dès lors, de façon résiduelle, les aménagements institutionnels de ces coopérations renforcées (Conseil en formation « réduite », champ d'application des actes), ainsi que la procédure de participation ultérieure, en l'occurrence du Royaume-Uni et de l'Irlande. La pratique révèle qu'il existe ainsi de nombreuses coopérations renforcées au sens du mécanisme général, ce qui relativise significativement l'assertion qu'il n'a jamais été mis en œuvre...

Quant au Danemark, la participation à ces coopérations renforcées n'est que partielle (exclusion du développement du titre IV du TCE), et sa participation ultérieure éventuelle déroge au mécanisme général : elle se fait au cas par cas, dans un environnement de droit international, sans être intégré dans le processus de décision pour de nouveaux développements ultérieurs. Sa participation ultérieure dans le cadre

⁶⁹⁸ . Titre VI du TUE ou obligation de droit international.

communautaire ne peut se réaliser que par une renonciation totale ou partielle à «son » protocole (*opt-in* constitutionnelle). Dans la Constitution européenne, bien que demeurant formellement partie au système Schengen, il est exempté de tout développement, du moins s'il correspond à un développement de l'espace de liberté, sécurité et justice.

Restent les *coopérations renforcées mutatis mutandis* dans le cadre du titre IV du TCE, lorsqu'il ne s'agit pas d'un développement de l'acquis de Schengen. Ici aussi, les coopérations renforcées relèvent de l'ordre du potentiel, la participation de certains États membres est incertaine, et l'objet pas entièrement prédéterminé. Le cas échéant, les États membres concernés, à l'exclusion du Royaume-Uni et de l'Irlande, peuvent agir entre eux, *comme* dans le cadre d'une coopération renforcée au sens du mécanisme général, notamment en adaptant de la même façon le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil en formation « réduite »⁶⁹⁹. De même, la participation ultérieure est régie, *mutatis mutandis*, comme pour une coopération renforcée, de sorte que si elle peut être ponctuelle à certains actes, elle engage, en l'occurrence le Royaume-Uni ou l'Irlande pour le développement ultérieur de ces actes. Quant au Danemark, non participant permanent à ces coopérations *mutatis mutandis*, il est soumis ici à un régime spécial différent de celui du Royaume-Uni et de l'Irlande, sa participation ultérieure ne pouvant se réaliser que par une renonciation totale ou partielle à son régime dérogatoire (*opt-in* constitutionnelle).

III. Compétence de la Cour de justice différenciée dans le troisième pilier

Pour compléter le tableau, on clôturera cette synthèse par une « coopération renforcée » d'un type très particulier dès lors qu'elle a pour effet d'aménager la compétence de la Cour de justice dans le titre VI du TUE relatif à la coopération judiciaire et policière en matière pénale.

Une des innovations les plus remarquables du traité d'Amsterdam est en effet d'avoir étendu la compétence de la Cour de justice dans le troisième pilier remanié, fût-ce de

⁶⁹⁹ . *Comp.* Articles premier et 3 du protocole « britannico-irlandais » avec l'article 44 du TUE. Sur ce point, ce dernier a évolué pour tenir compte de la nouvelle définition du vote à la majorité qualifiée, au contraire du protocole.

façon limitée dans le titre VI du TUE ⁷⁰⁰, et sensiblement différente de la compétence dont elle jouit dans le pilier communautaire, ou même dans le titre IV du TCE ⁷⁰¹.

Ce qui retiendra notre attention est le régime organisé pour les renvois préjudiciels : chaque État membre peut accepter, au choix, que toutes les juridictions nationales, ou seulement celles de dernier ressort, soient en droit de soulever une question portant sur la validité ou l'interprétation des actes (à l'exception des positions communes) adoptés dans le cadre du troisième pilier, en ce compris l'interprétation des conventions ⁷⁰². Une déclaration annexée à l'acte final précise que les États membres peuvent également choisir d'obliger les juridictions de dernier ressort à poser une question préjudicielle, conformément à l'esprit de l'article 234 du TCE (ex article 177). L'on instaure ainsi une compétence de la Cour à la carte en fonction des États membres qui adhèrent au mécanisme de renvoi préjudiciel, et en fonction des modalités retenues. Cette compétence de la Cour est comparable à celle régie pour les conventions « troisième pilier » ⁷⁰³. Un tel système est-il praticable ? En a-t-on bien mesuré toutes les conséquences ⁷⁰⁴ ?

⁷⁰⁰. Article 35 du TUE. La validité des décisions et décisions-cadres ne peut être mise en cause que par des recours en annulation introduits par la Commission ou un État membre . Le recours individuel est ainsi écarté. L'article 35 du TUE instaure en outre un recours interétatique (inspiré du recours en manquement organisé par les articles 226 et 227 du TCE) relatif à l'interprétation ou l'application des actes adoptés dans le cadre du troisième pilier, mais apparemment pas des dispositions du traité lui-même. L'originalité de ce recours, c'est qu'il doit être porté dans un premier temps devant le Conseil. Pour ce qui est du recours préjudiciel, chaque État membre peut accepter – dans une déclaration appropriée – que toutes les juridictions nationales, ou seulement celles de dernier ressort, soulèvent une question portant sur la validité ou l'interprétation des actes (à l'exception des positions communes) adoptés dans le cadre du troisième pilier, en ce compris l'interprétation des conventions, mais apparemment pas l'interprétation des dispositions du titre VI du TUE lui-même. Une déclaration annexée à l'Acte final du traité d'Amsterdam précisait que les États membres peuvent aussi obliger les juridictions de dernier ressort à poser une question préjudicielle, conformément à l'esprit de l'article 234 du TCE. L'on instaure ainsi une compétence de la Cour à géométrie variable en fonction des États qui adhèrent au mécanisme de recours préjudiciel et en fonction des modalités retenues.

⁷⁰¹ . Article 68 du TCE.

⁷⁰². Apparemment, l'on a donc « oublié » les questions préjudicielles en validité des conventions, ainsi que celles sur l'interprétation des dispositions du titre VI du TUE lui-même, ce qui est pour le moins curieux.

⁷⁰³ . Sur les articles 34, § 2, d) et 35, § 7 du TUE, v. notamment G. Papagianni, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, précité, 2001, pp. 104 et 105. La généralisation du cadre de compétence de la Cour relativement aux conventions du troisième pilier revient en fait à formaliser une pratique répandue (*Ibidem*, p. 117).

⁷⁰⁴. L'on remarquera notamment que ce système a pour conséquence un contrôle différencié du respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans le cadre du troisième pilier (v. article 46 du TUE).

Onze États membres ont d'emblée déclaré qu'ils acceptaient la compétence de la Cour de justice à titre préjudiciel dès l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, mais un État membre la limite aux juridictions nationales de dernier ressort ⁷⁰⁵.

D'un point de vue conceptuel, un tel mécanisme ressemble à une clause d'*opt-in* générale permettant à chaque État membre de faire son choix des modalités, y compris de ne pas y adhérer. Toutefois, à la différence du régime de la coopération renforcée, il ne s'agit pas d'aller de l'avant au sein du cadre constitutionnel de l'Union, mais de programmer une « coopération renforcée » dans la transformation du cadre constitutionnel lui-même ⁷⁰⁶. Cette technique n'est pas sans analogie avec les mécanismes d'assouplissement du vote à l'unanimité ⁷⁰⁷ : l'adhésion progressive et différenciée de chaque État membre pris individuellement à un régime de droit primaire constitue en effet une technique de flexibilité remarquable qui atténue l'écueil de l'unanimité, en l'occurrence dans le processus de révision des traités.

⁷⁰⁵. Il s'agit de l'Espagne. Les dix autres États membres sont la Belgique, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-bas, l'Autriche, le Portugal, la Finlande et la Suède. Certains d'entre eux ont ajouté qu'ils se donnaient la possibilité de rendre obligatoire le recours à titre préjudiciel pour les juridictions nationales de dernier ressort, v. *Information concernant la date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam*, J.O., L 114/56, du 1er mai 1999.

⁷⁰⁶. *Comp.* l'ancien article K.3.2, c) du TUE qui permettait aux signataires des conventions conclues dans le cadre du troisième pilier de prévoir la compétence de la Cour de justice et d'en organiser les modalités, mais seulement pour les conventions, au cas par cas, et sans entrée en vigueur différenciée entre les États membres signataires.

⁷⁰⁷. Sur ce sujet, v. la Partie finale, Chapitre 29, section IV, A.

DEUXIÈME PARTIE . —

**LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES
QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE**

INTRODUCTION

**TITRE I. — DES ORIGINES DE L'UEM
A LA TROISIÈME PHASE DU TRAITÉ DE MAASTRICHT**

**TITRE II. — LA TROISIÈME PHASE DE L'UEM :
« COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES
QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE**

**TITRE III. — AMÉNAGEMENTS CONSTITUTIONNELS
DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES
QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE**

**TITRE IV. — RELATIONS « EXTÉRIEURES »
DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES
QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE**

**TITRE V. — CONTRÔLE JURIDICTIONNEL RELATIF
À LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES
QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE**

REMARQUES FINALES

INTRODUCTION

Nous avons déjà expliqué, dans l'introduction générale, pourquoi nous avons cru utile de consacrer toute une partie à la « coopération renforcée des États membres qui ont adopté l'euro » (ou encore, la coopération renforcée « euro »), qui constitue en quelque sorte le *case-study* principal de notre étude. Bien que de nombreuses analyses existent déjà à propos du régime de différenciation régissant l'UEM¹, nous espérons que la nôtre apportera une plus value en terme d'exhaustivité et de systématisme. Nous tâcherons en outre de décrire le système par référence au mécanisme de la coopération renforcée et des autres coopérations renforcées que nous avons qualifiées de « prédéterminées ». Cette approche nous autorise l'appellation de « coopération renforcée » pour le groupe de ceux qui ont adopté la monnaie unique, et elle prépare également le terrain de la comparaison transversale que nous effectuerons dans la Partie finale de notre étude. Une telle comparaison, nous l'avons indiqué, procure notamment un éclairage mutuel, d'une part sur les origines du mécanisme de la coopération renforcée et les questions qui se poseront lors de sa mise en œuvre (à la

¹ V. la bibliographie en annexe. On mentionnera en particulier les études suivantes : M. Dony, M. et Ph. Vigneron, « La différenciation dans l'Union économique et monétaire. Etat des lieux et problèmes juridiques », in M. Telo et E. Remacle (éds.), *L'Union européenne après Amsterdam. Adaptations institutionnelles, enjeux de la différenciation et de l'élargissement*, Institut d'Etudes européennes, Bruxelles, 1998, p. 32. K. Dyson, K. Featherstone, *The Road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, 1999, pp. 561 à 562 ; J.V. Louis, *L'Union économique et monétaire*, in Commentaire Mégret, *Le droit de la CEE*, 2nd édition, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1995, pp. 147 à 157; J.V. Louis, « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », *CML Rev.*, 1998, pp. 63 à 72; J.V. Louis, « Monnaie » (Union économique et monétaire), in *Rép. Droit communautaire*, Dalloz, février 2000; J.V. Louis, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf, E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001; J.V. Louis., « The Economic and Monetary Union : Law and Institutions », *CMLRev.*, 2004, p. 567; M. Mollica et Ph. Vigneron, « La différenciation dans l'Union économique et monétaire. Dispositions juridiques et processus décisionnel », *Euredia*, 2000, p. 197; Patterson, B., « European Monetary Union : 'Ins' and 'outs' - or postponement ? », in C.D Ehlermann, *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA Band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 101 ; J. Pisani-Ferry, « Intégration monétaire et géométrie variable », *Revue économique*, Vol. 48, n° 3, Mai 1997, p. 495.; R. Smits, *The European Central Bank. Institutional Aspects*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997, pp. 134 à 140, et 502 et s. ; du même auteur : *The European Central Bank in the European Constitutional Order*, Utrecht, Eleven international Publishing, 2003; F. Tuytschaever, « EMU and the Catch 22 of EU Constitution-making », in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000 ; C. Zilioli, M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Oxford, Hart Publishing, 2000 (en particulier le chapitre 4).

lumière du précédent monétaire), d'autre part sur la façon de rationaliser le régime de différenciation au sein de l'UEM (à la lumière du mécanisme général).

Au Titre premier de cette deuxième partie, avant d'exposer de façon générale les dispositions des traités en vigueur et du traité constitutionnel afférant à l'UEM, nous rappellerons les origines de l'intégration monétaire différenciée en dehors du cadre communautaire, à l'instar de ce que nous avons fait concernant les origines « internationales » de l'espace de liberté, sécurité et justice, et notamment de l'acquis de Schengen. Nous reviendrons dans la partie finale sur cet aspect de la dynamique de l'intégration consistant à importer dans le cadre de l'Union des coopérations qui se sont établies en dehors de celui-ci, à la faveur du maintien d'un régime différencié. Nous présenterons ensuite les deux premières phases de l'UEM régies par le traité de Maastricht. Celles-ci consolide en quelque sorte la formation du cadre commun à l'ensemble des États membres établi par ledit traité.

Au Titre suivant, nous examinerons la troisième phase de l'UEM, celle qui correspond à la formation de la « coopération renforcée des États membres qui ont adopté l'euro ». Avant de tracer les grandes lignes de son cadre constitutionnel et du statut des non participants, on se penchera sur les conditions et procédures relatives au déclenchement de la troisième phase, à la formation du groupe des États membres élus, ainsi qu'à la participation ultérieure des autres États qui ne peuvent ou ne veulent pas en faire partie dès le début.

On s'attachera ensuite à analyser de façon plus détaillée les aménagements constitutionnels que subissent tant le cadre communautaire, où le Conseil occupe une place centrale, que celui du SEBC, dont la BCE est à la tête, (Titre III). On tentera également de faire la synthèse des relations qui se nouent entre trois types d'aménagements constitutionnels : la différenciation du champ d'application de certaines bases juridiques, l'exclusion des non participants du processus de décision et la limitation du champ d'application des actes du Conseil ou de la BCE.

Le Titre IV a trait aux relations extérieures de la coopération renforcée en question, ou autrement dit, à l'incidence de la coopération renforcée «euro » sur les relations extérieures de l'Union dans le cadre de l'UEM. On entendra également par relations

« extérieures », afin de permettre une comparaison par analogie, celles que la coopération renforcée établit avec des États membres non participants (nouveau mécanisme de change MTC 2, Target). La question du contrôle juridictionnel sera esquissée avant de terminer par quelques remarques finales sur la portée du « cadre commun » de l'union économique et l'union monétaire qui concerne tous les États membres.

Cette grille d'analyse, qui est similaire à celle développée pour présenter le mécanisme général de la coopération renforcée et les autres coopérations « prédéterminées », n'est donc pas le fruit du hasard. Elle est celle qui permet le mieux de mettre en exergue les caractéristiques communes et les différences.

TITRE I. —

DES ORIGINES DE L'UEM

A LA TROISIÈME PHASE DU TRAITÉ DE MAASTRICHT

CHAPITRE 16. — LES ORIGINES DE L'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE

I. Du Sommet de La Haye au Serpent monétaire

La réalisation de l'Union économique et monétaire (UEM) est « une œuvre de longue haleine », le rapport Tindemans sur l'Union européenne en 1976 ne croyait pas si bien dire ². Elle ne trouva son aboutissement qu'au début de l'année 2002, lors de la mise en circulation de l'euro sous forme de billets et pièces, du moins pour une majorité des États membres de l'époque. En effet, certains d'entre eux bénéficiant d'une dérogation ou d'une exemption n'en font pas partie, tandis qu'il faudra encore plusieurs années avant que les dix nouveaux États membre ne puissent rejoindre la zone euro, lorsqu'ils se seront conformés aux critères de convergence.

Si les pères fondateurs des Communautés européennes n'y prêtèrent guère attention, c'est sans doute parce que le système de taux de change fixes instauré au lendemain de la guerre mondiale à *Bretton Woods* avait une portée internationale, et était censé résoudre les problèmes liés à la volatilité monétaire. Le besoin d'une politique commune propre s'est fait ressentir dès les premiers signes d'effritement du système de *Bretton Woods*, notamment pour accompagner la formation d'un marché unique.

Les origines de l'UEM remontent au sommet de La Haye, en décembre 1969, qui reprit à son compte les idées de Raymond Barre, alors vice-président de la Commission européenne, d'une Union monétaire à réaliser en plusieurs étapes, et qui aurait dû aboutir au début des années 80'. Malgré l'impulsion du rapport Werner qui

² . Rapport de M. Léo Tindemans remis au Conseil européen le 29 décembre 1975, *L'Union européenne*, Bull. CE, supplément 1/76, p. 23.

s'ensuivit et la mise en œuvre effective de la première étape ³, l'on sait aujourd'hui que la route s'avérera beaucoup plus longue et tortueuse que prévu. L'effondrement du système des taux de change fixe et la crise pétrolière n'expliquent pas tout : l'absence de consensus « politique » sur l'objectif même d'une UEM, les réticences à transférer des compétences en la matière à des organes communs, ainsi que l'absence de « consensus technique » y sont également pour quelque chose ⁴. En particulier deux conceptions opposées s'affrontaient, l'une « institutionnaliste » et « monétariste », l'autre « économiste », lesquelles perdureront jusqu'au compromis gravé dans le traité de Maastricht ⁵.

C'est pourquoi les débuts de la coopération monétaire furent modestes, empreints de pragmatisme et de flexibilité, et prirent place en dehors du cadre communautaire. Le « serpent monétaire » fut créé en avril 1972, en imposant des marges de fluctuation des taux de change de 2,25 %, à un moment où le système de *Bretton Woods* venait d'élargir les siennes de 1% à 4,5 %. La participation des États membres des Communautés européennes était facultative, tandis que d'autres États tels que la Norvège ou la Suède y ont pris part. Par ailleurs, il est arrivé plus d'une fois qu'une monnaie sorte du système, étant donné qu'il n'y avait pas de mécanisme d'intervention conjointe ni de renégociation des taux pivots pour les monnaies en difficultés ⁶.

II. Le rapport Tindemans

Mais c'est le rapport sur l'Union européenne effectué en 1976 sous l'égide de M. Tindemans qui suggéra pour la première fois dans ce domaine une intégration à *plusieurs vitesses*, et préfigura ainsi la situation actuelle. Il est vrai que depuis le plan Werner, trois États supplémentaires avaient adhéré aux Communautés dont on sait

³. *Report to the Council and the Commission on the Realization by stages of EMU in the Community*, J.O. C 136/1 du 11 novembre 1970. Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres du 22 mars 1971, concernant la réalisation par étapes de l'UEM dans la Communauté (J.O. n° C 028 du 27/03/1971), ainsi que celle relative à son application du 21 mars 1972, (J.O. n° C 038 du 18/04/1972).

⁴. Rapport Tindemans, précité, p. 20.

⁵. Sur ce point, v. J.V., Louis, *L'Union économique et monétaire*, in Commentaire Mégret, *Le droit de la CEE*, 2nd édition, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, p 11, et ref.

aujourd'hui les nombreuses réticences à l'égard de l'intégration européenne, du moins pour deux d'entre eux : le Royaume-Uni et le Danemark. Toutefois, ce n'est pas tant les divergences de nature politique que les différences objectives qui étaient prises en compte. A cet égard, il n'est pas inutile de citer un extrait de l' « approche nouvelle » présentée dans le rapport Tindemans ⁷ :

« Il est impossible de présenter aujourd'hui un programme d'action crédible si on considère comme absolument nécessaire que dans tous les cas toutes les étapes soient franchies par tous les États au même moment. La divergence objective des situations économiques et financières est telle que, si cette exigence est posée, le progrès devient impossible et l'Europe continuera à s'effriter. Il faut pouvoir admettre que :

- dans le cadre communautaire d'une conception d'ensemble de l'Union européenne (...) acceptée par les Neuf,

- et sur base d'un programme d'action établi dans un domaine déterminé par les institutions communes et admis quant à son principe par tous,

les États qui sont en mesure de progresser ont le devoir d'aller de l'avant,

les États qui ont des motifs que le Conseil, sur proposition de la Commission, reconnaît comme objectivement valables de ne pas progresser ne le font pas,

- tout en recevant des autres États l'aide et l'assistance qu'il est possible de leur donner afin qu'ils soient en mesure de rejoindre les autres,

- et en participant au sein des institutions communes à l'évaluation des résultats obtenus dans le domaine considéré.

Il ne s'agit pas ici d'une Europe à la carte : l'accord de tous sur le but final à atteindre en commun lie chacun, ce n'est que l'exécution qui est échelonnée dans le temps

Concrètement, le rapport Tindemans préconisait d'incorporer le serpent monétaire dans le cadre communautaire, d'associer les États membres non participants dans la perspective d'une adhésion ultérieure afin de tenir compte de leurs intérêts, de n'autoriser les participants à quitter le système que dans le cas de crise manifeste, de prévoir des mécanismes de soutien automatique ainsi que des mécanismes de décision commune pour modifier les taux pivots des devises, et d'une manière générale, d'élargir le champ de cette action à la libre circulation des capitaux, la politique monétaire « interne », la politique budgétaire et à la politique économique. Enfin l'Union économique et monétaire devait être irréversible.

⁶ . Cameron, D., « Transnational relations and the development of European economic and monetary Union », in T. Risse-Kappen (ed.), *Bringing transnational relations back in — Non-state actors, domestic structures and international institutions*, Cambridge University Press, 1995, p. 42.

⁷ . Rapport Tindemans, précité, p. 21.

Pourtant, il faudra attendre près d'une quinzaine d'années avant que l'on se résolve à une approche aussi globale et à « plusieurs vitesses » de l'Union économique et monétaire au sein de l'Union. En effet, bien que le préambule de l'Acte Unique énonçât « l'objectif de la réalisation progressive de l'Union économique et monétaire », celui-ci demeura entre parenthèses jusqu'à la CIG convoquée en décembre 1990 conduisant au traité de Maastricht, au sens propre comme au sens figuré. En témoigne l'intitulé du nouveau chapitre intégré dans le TCE en la matière ⁸.

III. Le système monétaire européen

Entre-temps, plus précisément à partir de 1978, le Système monétaire européen (SME) a remplacé le serpent. Il est établi dans une résolution du Conseil européen ⁹ et est rendu opérationnel par un accord entre les banques centrales de tous les États membres ¹⁰.

Le SME consiste en un mécanisme de stabilité de taux de change créé autour de l'*écu* (ou *ecu* : *european currency unit*). Pour chaque monnaie des États membres participant au système, on établit un cours pivot par rapport à l'*écu* et, de là, un cours pivot bilatéral par rapport à chaque autre monnaie. Bien que l'on prenne en compte, dans un « panier », les monnaies de tous les États membres pour fixer la valeur de l'*écu*, en fonction du poids relatif de leur économie nationale et de leur poids relatif dans le commerce intracommunautaire ¹¹, la participation *effective* au mécanisme de

⁸. L'article 20 de l'AU introduit un nouveau chapitre dans le TCE intitulé « La coopération en matière de politique économique et monétaire (Union économique et monétaire) ». V. aussi J.V. Louis, « Monetary Capacity in the Single European Act », *CML Rev.*, 1998, p. 26.

⁹. Résolution du Conseil Européen du 5 décembre 1978 énonçant les dispositions relatives à l'instauration du système monétaire européen, Bruxelles, *J.O.* n° C 006 du 08/01/1979, p. 45 ; Règlement CEE n° 3181/78 du Conseil, du 18 décembre 1978, relatif au SME, *J.O.* n° L 379 du 30/12/1978, p. 2.

¹⁰. Agreement of 13 March 1979 between the central banks of the Member States of the European Economic Community laying down the operational procedures for the European Monetary System, *Compendium of Community Monetary Texts*, Luxembourg, OCEC 1994, p. 62 (Text incorporating the amendments contained in the Instruments of 10 June 1985 and 10 November 1987).

¹¹. La définition de l'*écu* a été revue lors des adhésions de la Grèce, et ensuite du Portugal et de l'Espagne, mais a ensuite été gelée au moment de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. En principe, l'adhésion d'un nouvel État membre impliquait la prise en compte de sa monnaie dans le « panier », l'adhésion au SME, et sa vocation à terme à adhérer au mécanisme de change. Toutefois, l'inclusion de la drachme lors de l'adhésion de la Grèce a été différée pour des raisons techniques, tandis l'on a pas intégré la monnaie suédoise dans le panier au lendemain de l'adhésion de la Suède.

change demeurait facultative. De fait, tous les États membres n'ont pas participé au mécanisme de change dès sa mise sur pied, ou dès leur adhésion aux Communautés européennes. La Grèce n'y a adhéré que très tardivement. Il est aussi arrivé qu'un État en soit sorti après y avoir pris part.

Plus précisément, sur les neuf États membres d'alors, seul le Royaume-Uni n'avait pas adhéré au SME. Il n'y est entré qu'en octobre 1990, mais en est déjà ressorti en septembre 1992, à savoir une semaine avant le référendum français sur le traité de Maastricht. La participation de l'Italie a été suspendue à la même époque (crise budgétaire), pour reprendre en 1996. Le Portugal et l'Espagne y ont adhéré en 1989, soit plus de deux ans après leur adhésion à l'Union. L'Autriche a adhéré au système dès son adhésion, en 1995, la Finlande en 1996, et la Grèce en mai 1998, soit plus de quinze ans après son adhésion. Au moment de la dissolution du SME, au début de la troisième phase de l'UEM, seuls le Royaume-Uni et la Suède en étaient absents.

Le caractère « flexible » de la coopération interétatique au sein du SME ne résultait pas seulement de la participation facultative des États membres des Communautés. Les marges de fluctuation au delà desquelles ceux-ci se sont engagés à intervenir sur le marché des changes¹² étaient également flexibles : en principe 2, 25 %, mais une marge de 6 % était autorisée, en principe de façon provisoire, pour les États n'ayant pas participé au serpent monétaire. On sait que l'Italie en a longtemps profité (de 1979 à 1990), mais aussi le Royaume-Uni, le Portugal et l'Espagne, ce qui a pu être qualifié de « *mockery of the phasing-in language of the EMS Resolution of 1979* »¹³. Plus tard, afin de répondre aux turbulences monétaires de 1992/93, les marges ont été élargies à 15% de part et d'autre du cours pivot (août 1993). Seuls l'Allemagne et les Pays-Bas ont maintenu de façon bilatérale des marges de 2, 25 %¹⁴.

A l'instar du serpent monétaire, le SME avait une dimension essentiellement intergouvernementale, et se situait en dehors du cadre communautaire, même si la

¹² . Un Fonds européen de coopération monétaire a été établi pour faciliter un système d'emprunt à très court terme. Les États membres participant au système se sont également engagés à prendre les mesures de politiques économiques appropriées lorsque qu'ils atteignent $\frac{3}{4}$ de leur marge (mesures budgétaires plus restrictives, augmentation du taux d'intérêt, etc.)

¹³ . R. Smits, R., *The European Central Bank. Institutional Aspects*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997, p. 21.

¹⁴ . R. Smits, *ibidem*.

fixation et la modification des cours pivots s'effectuaient par accord mutuel des ministres et banques centrales des participants au système au sein de l'ancien Comité monétaire (devenu Comité économique et financier) ou du Conseil Ecofin, en présence de la Commission et des représentants des États membres n'y participant pas¹⁵. Quant aux relations entre ces derniers et les participants au SME, il était prévu que les décisions importantes concernant les taux de change devaient faire l'objet de consultations réciproques « dans le cadre de la Communauté »¹⁶.

Au lendemain du traité de Maastricht, c'est l'Institut Monétaire Européen, successeur du FECOM, qui fut chargé de superviser le fonctionnement du SME¹⁷, ce qui a notamment eu pour effet de le rapprocher de l'orbite communautaire. Le SME a été dissous lors du passage à la troisième phase de l'UEM, mais un nouveau mécanisme de change, facultatif lui aussi, a été mis sur pied pour régir la coopération avec les États qui n'ont pas adopté la monnaie unique¹⁸.

Quelle que soit la nature exacte du SME, certains auteurs se sont fait leur le constat de John Usher selon qui « *in a sense, EMS is an agreement between all the Member States that those who so wish will be bound by the rules and make use of institutions created under Community law* »¹⁹. Francis Snyder en conclut que le SME « *can be seen as a forerunner, if not a precedent, for later forms of differentiation within the Community system, including the Social Protocol under the Maastricht Treaty, the special treatment of the United Kingdom and Denmark in respect of monetary policy, and enhanced cooperation under the Amsterdam Treaty* »²⁰.

¹⁵. Sur la nature juridique du SME, v. R. Smits, « Some aspects of the monetary law of the European Community », in *LIEI*, 1983, p. 73; J.V., Louis, *L'Union économique et monétaire*, in Commentaires Mégret, *Le droit de la CEE*, 2nd édition, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, Vol 6, p. 122. Du même auteur, v. aussi sur la question *Du SME à l'UEM*, OPOCE, 2^{ème} édition, 1990.

¹⁶. Point 3.2 de la Résolution du 5 décembre 1978 précitée. V. aussi l'article 5 de l'accord du 13 mars 1979 précité : « *Any central bank that is not participating in the exchange-rate mechanism shall cooperate with the other central banks in the concertation and the other exchanges of information necessary for the proper functioning of the exchange-rate mechanism* ». Sur ce point, v. R. Smits, *ibidem*, p. 21, et J.V. Louis, précité, in Mégret, 1995, p. 119. Ce dernier auteur énumère en outre les réajustements et dévaluations successives.

¹⁷. Article 117, § 2 du TCE.

¹⁸. V. *infra*. V. aussi J.V. Louis, *Dalloz*, « SME ».

¹⁹. J. Usher, *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 141, cité par F. Tuytschaever, « EMU and the Catch 22 of EU Constitution-making » in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 176, et par F. Snyder (note suivante).

²⁰. F. Snyder., *EMU Revisited: Are We Making a Constitution? What Constitution Are We Making?*, in P. Craig, G. De Burca, (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999.

IV. Le Comité Delors et la Conférence intergouvernementale sur l'UEM

L'on sait l'influence que joua le « Comité Delors » dans la préparation de la CIG sur l'UEM qui aboutira au traité de Maastricht ²¹. Composé des douze membres du Comité des gouverneurs des banques centrales, d'un membre de la Commission et de trois experts, le Comité présidé par Jacques Delors fut mandaté par le sommet de Hanovre de juin 1988 et remit son rapport moins d'un an plus tard, au sommet de Madrid ²².

La question de savoir s'il était désirable et faisable pour tous les États membres de passer d'une étape à une autre en même temps fut soulevée pour la première fois explicitement par Otto Pöhl, gouverneur de la *Bundesbank*, lorsqu'il prit en charge la présidence du Comité des gouverneurs des Banques centrales, à la fin 1989. Il la posa de nouveau lors d'une rencontre avec les ministres des finances et des affaires étrangères, en juin 1990 ²³.

Le rapport Delors évoque brièvement la possibilité « d'une certaine flexibilité quant à la date et aux conditions auxquelles certains pays membres adhéreraient à certains arrangements », en indiquant toutefois que tous étaient visés par les « objectifs finaux de la Communauté » et participaient « aux mêmes institutions », sans exclure cependant que les États ayant obtenu des conditions spéciales puissent voir leur influence réduite ²⁴. Bien que l'idée d'une UEM à plusieurs vitesses n'enthousiasma guère ceux qui craignaient de ne pas pouvoir en être, elle devait finalement s'imposer jusqu'à l'adoption puis la mise en œuvre du traité sur l'Union européenne.

Mais le sommet de Maastricht devait également conférer des clauses optionnelles à deux États membres réticents : le Royaume-Uni et le Danemark. Le Royaume-Uni avait très tôt, avant même le début de la CIG, fait part de ses réserves quant au

²¹ . V. par exemple A. Verdun, « The Role of the Delors Committee in the Creation of EMU: An Epistemic community ? », EUI Working Paper RSC 98/44.

²² . « Rapport sur l'Union économique et monétaire dans la Communauté européenne », *Europe Documents*, 20 avril 1989, n° 1550/1551, p. 1-21, (D. Cameron, précité, 1995, p. 48). V. aussi les conclusions du Conseil européen de Madrid en juin 1989.

²³ . D. Cameron, précité, 1995, pp. 59 et 61.

²⁴ . Point 44 du rapport Delors, cité et interprété par J.V. Louis, *in* Mégret, précité, 1995, p. 14.

principe même d'une monnaie unique qui lui serait imposée, tout en présentant un projet alternatif de monnaies « concurrentes », puis un autre de monnaie commune gérée et émise par un Fonds monétaire européen, et qui circulerait parallèlement aux monnaies nationales (*hard ecu*).

Apparemment, John Major s'était entendu avec Helmut Kohl et la présidence néerlandaise pour négocier de bonne foi durant la CIG, mais avec la possibilité d'un *opt out* à la fin de celle-ci ²⁵. Il est intéressant de constater que dans un premier temps, l'on s'orienta vers une formule optionnelle générale (clause d'*opt in*) qui aurait pu être activée par n'importe quel État membre au moment de la décision du Conseil actant le passage à la troisième phase, ou dans une perspective de compromis, au seul moment de la ratification du traité ²⁶. Pour finir, compte tenu de la ferme opposition de certains États membre, en particulier de l'Italie, pour ce genre de formule ²⁷, la clause d'*opt out* sera individualisée dans un protocole « fait sur mesure » pour (et par...) le Royaume-Uni, ainsi que pour le Danemark qui avait invoqué des motifs constitutionnels (risque d'un référendum négatif) ²⁸. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la portée d'un autre protocole qui proclame le caractère irréversible de la marche vers la troisième phase de l'UEM, laquelle ne peut être entravée par aucun État membre ²⁹.

²⁵ . S. Hogg & J. Hill, *Too Close to Call*, Little, Brown and Co, London, 1995, p. 81 et 82, cités par K. Dyson, et K. Featherstone, *The Road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, 1999, p. 525. V. aussi p. 645.

²⁶ . Sur le compromis d'Apeldoorn, v. J.V. Louis, in Mégret, précité, 1995, p. 148. Dyson et Featherstone ajoutent qu'aux termes de ce compromis, une majorité des États membres auraient immédiatement renoncé à cet *opting out*, précité, 1999, p. 526. V. aussi pp. 657 et 658.

²⁷ . K. Dyson et K. Featherstone, *ibidem*.

²⁸ . Sur l'évolution des idées et débats relatifs à l'*opt out* britannique, tant au niveau national qu'europpéen, v. le récit de K. Dyson & K. Featherstone, précité, pp. 651 à 662. Il apparaît que J. Major n'était pas pressé de conclure un accord sur son exemption afin de pouvoir peser encore de tout son poids sur les négociations à venir, notamment en ce qui concerne le contenu de la deuxième phase à laquelle le Royaume-Uni envisageait de prendre part, ainsi que les critères de convergence autorisant la participation à la troisième phase. En ce qui concerne le Danemark, l'idée d'un *opt out* individuel semblait moins dérangeante que pour le Royaume-Uni, et ses craintes ou exigences étaient moindres aussi (*ibidem*, p. 658).

²⁹ . Protocole n° (10) accompagnant le traité de Maastricht sur le passage à la troisième phase de l'UEM.

CHAPITRE 17. — PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES DISPOSITIONS RELATIVES À L'UEM DANS LES TRAITÉS

I. Dans le TCE

Les dispositions relatives à l'UEM figurent aux articles 3 A (objectifs) et 4 A (Système européen de banques centrales) du TCE, ainsi qu'au titre VI du TCE tel que révisé par le traité de Maastricht le 7 février 1992 (articles 102 A à 109 M du TCE).

La numérotation de ces articles a été modifiée par le traité d'Amsterdam dans le cadre de l'opération de simplification, de sorte que ces dispositions figurent dans les traités en vigueur, d'une part aux articles 4 et 8 du TCE, d'autre part au titre VII du TCE, aux articles 99 à 124. Ce titre, intitulé « La politique économique et monétaire », se compose de quatre chapitres : le premier vise la politique économique (articles 99 à 104), le second la politique monétaire (articles 105 à 111), le troisième établit des dispositions institutionnelles concernant notamment la BCE et le comité monétaire, tandis que le quatrième arrête des dispositions transitoires (articles 116 à 124). Ces dernières décrivent les dispositions de la deuxième phase, en principe communes à tous les États membres, ainsi que la procédure du passage à la troisième phase (articles 121 et 123) et le statut des États membres faisant l'objet d'une dérogation », en particulier la liste des articles du TCE ne s'appliquant pas à eux (article 122).

Outre ces dispositions, de nombreux protocoles afférant à l'Union économique et monétaire ont accompagné le traité d'Amsterdam : les protocoles n° 3 à 13. La numérotation de ces protocoles a également été revue dans la version consolidée des TCE et TUE, annexée à l'Acte final : les protocoles n° 18 à 27³⁰. Parmi ceux-ci, le protocole (n° 18, ex n° 3) sur les statuts du Système européen de banques centrales et

³⁰ . Sauf indication contraire, pour des questions pratiques, afin de s'aligner sur la technique de référence la plus répandue, l'on se référera également, le cas échéant, à cette nouvelle numérotation. On observera toutefois que contrairement à la renumérotation des TCE et TUE, celle des protocoles a été effectuée de façon officieuse, suite au réarrangement de la présentation des protocoles en fonction du (ou des) traité(s) auquel ils sont annexés. En outre, la version consolidée des traités ne reproduit pas les protocoles nouvellement numérotés. Quant au Recueil des traités (OPOCE 1999) Tome I, Volume I, il abandonne toute référence à des numéros. Par ailleurs, on gardera également à l'esprit que, au lendemain du traité d'Amsterdam, la référence, dans ces protocoles, aux articles du TCE et du TUE a été revue en fonction de la renumérotation de ces derniers.

de la Banque centrale européenne précise la structure, les missions et les prérogatives de la BCE. La répétition dans ce statut d'un certain nombre de dispositions du TCE donne parfois lieu à des discordances délicates ³¹ que le traité constitutionnel n'a pas cherché à éviter ³².

On attirera d'emblée l'attention sur le dernier chapitre de ce protocole qui contient d'autres « Dispositions transitoires » (article 43 à 53 des statuts). Celles-ci sont également liées à la non-participation de certains États membres à la monnaie unique, et concernent notamment un organe de la BCE qui les intéresse particulièrement, le Conseil général. En outre, les régimes particuliers reconnus au Royaume-Uni et au Danemark figurent respectivement au protocole (n° 25, *ex n° 11*) sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord (ci-après, le protocole « britannique »), et au protocole (n° 26, *ex n° 12*) sur certaines dispositions relatives au Danemark (ci-après, le protocole « danois ») ³³.

Les autres protocoles concernant l'UEM sont :

Protocole (n° 19, *ex n° 4*) sur les statuts de l'Institut monétaire européen

Protocole (n° 20, *ex n° 5*) sur la procédure concernant les déficits excessifs

Protocole (n° 21, *ex n° 6*) sur les critères de convergence visés à l'article 121 du TCE

Protocole (n° 22, *ex n° 8*) sur le Danemark - (territoires non communautaires)

Protocole (n° 23, *ex n° 9*) sur le Portugal - (Açores et Madère)

Protocole (n° 24, *ex n° 10*) sur le passage à la troisième phase de l'UEM - (caractère irréversible de l'UEM)

Protocole (n° 27, *ex n° 11*) sur la France - (franc CFP)

Mise à part la nouvelle numérotation des articles et l'adaptation des références internes au texte, le traité d'Amsterdam n'a pratiquement porté aucune modification

³¹ . En fait, les statuts ont été rédigés en premier lieu, et certaines de ses dispositions ont été reprises dans le TCE.

³² . Ainsi, l'article III – 185, § 1 de la Constitution relatif aux objectifs de l'Union est rendu inapplicable aux non participants à la monnaie unique (v. III – 197, § 2, c), au contraire de son homonyme dans les statuts, à savoir son article 2 (v. article 42 des statuts).

³³ . V. aussi la décision des chefs d'État et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du Traité sur l'Union européenne, *J.O.* n° C 348 du 31/12/1992, p. 1.

de fond aux dispositions concernant l'UEM³⁴. Quant au traité de Nice, il a introduit un vote à la majorité qualifiée à l'article 111, § 4 du TCE (position de la Communauté au niveau international), ainsi qu'à l'article 123, § 4 du TCE concernant l'introduction de l'euro et son statut. Dans les deux cas, il s'agit de la majorité qualifiée des États participant à la monnaie unique³⁵. Le traité de Nice a également modifié la procédure de révision de l'article 10.2 des statuts du SEBC relatif à la procédure et à la définition du vote au sein du Conseil des gouverneurs.

II. Dans la Constitution européenne

La Constitution européenne a quant à elle apporté un bon nombre de changements par rapport aux traités en vigueur qu'elle a vocation à remplacer, tant sur le fond que la forme. Les dispositions relatives à ce sujet y figurent à l'article I – 30 (qui notamment officialise le concept d'« Eurosysteme »), au chapitre II de sa troisième partie, aux articles III – 177 à III – 202³⁶, et encore à l'article III – 326 pour les accords internationaux³⁷.

En particulier, une nouvelle section précédant celle relatives aux dispositions transitoires a été introduites, qui vise les « *dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro* » (articles III – 194 à III – 196). Cette section renvoie au protocole relatif à l'*Eurogroupe* informel et introduit de nouveaux cas où seuls les membres du Conseil représentant des États participant à la monnaie unique prennent part au vote. Pourtant, ainsi que nous le verrons, d'un point de vue conceptuel, la raison de cette nouvelle section n'est guère évidente. D'ailleurs, elle est en partie redondante avec la section relative aux dispositions transitoires.

³⁴ . V. toutefois la suppression du dernier alinéa de l'article 109 F, § 1 et du dernier alinéa de l'article 109 F, § 8 concernant tout deux l'IME, et jugés obsolètes lors de l'opération de simplification, ainsi que l'adaptation du deuxième alinéa de cet article (article 6, I., point 56 du traité d'Amsterdam).

³⁵ . V. aussi la déclaration n° 7 relative à l'article 111 qui se réfèrent expressément aux États membres de la zone euro.

³⁶ . - L'article – 177 correspond à l'article 4 du TCE.

Les articles III – 178 à III – 190 correspondent respectivement aux articles 99 à 110 du TCE.

L'article III – 191 trouve son origine dans l'article 123, § 4 du TCE.

Les articles III – 192 et 193 correspondent aux articles 114, §§ 2 à 4 et 115 du TCE, et constituent la section 3 relative aux « dispositions institutionnelles ». On notera à cet égard que les articles 112 et 113 ont été transférés au chapitre des dispositions institutionnelles du titre VI de la troisième partie de la Constitution (articles III – 382 et III – 383).

Quant aux dispositions transitoires, certaines, jugées obsolètes ont été supprimées, tandis que d'autres ont été refondues dans la Constitution, dans le chapitre relatif aux dispositions transitoires ³⁸.

D'autre part, les protocoles concernant l'UEM, à commencer par celui sur les statuts du SEBC, ont également été adaptés au nouvel environnement constitutionnel.

Les principales innovations sur le fond touchent au régime applicable aux États membres appartenant à l'Eurozone ³⁹. Ainsi, la compétence relative à la « politique monétaire » est qualifiée d'exclusive, pour les participants à la monnaie unique, tandis que les autres États membres conservent leur compétence en cette matière ⁴⁰. La coordination des politiques économiques est formellement une compétence partagée « ad hoc », mais qui reste pour l'essentiel dans les mains des États, tandis que « des dispositions particulières s'appliquent aux États membres dont la monnaie est l'euro »

³⁷ . Article 111 du TCE.

³⁸ . Les changements relatifs aux dispositions transitoires sont les suivants :

- Les articles 116 et 117 du TCE ont été supprimés (mais l'article 117, § 2 a été refondu dans l'article III – 199, § 2).

L'article 118 a été supprimé, mais le caractère irrévocable de la fixation de la valeur de l'euro est souligné à l'article III – 198, § 3.

Les articles 119, § 4 et 120, § 4, et l'article 122, § 6 qui prévoyaient la fin de l'application des articles en question (concours mutuel et mesures de sauvegarde) au début de la troisième phase, à l'exception des États faisant l'objet d'une dérogation ont été supprimés. Le principe est sauvegardé dans l'adaptation des articles III – 201, § 1 et III – 202, § 2 (qui reprennent les articles 119 et 120 du TCE) qui concernent désormais directement les États en question.

L'article 121 est supprimé, mais l'article 121, § 1 (critères de convergence) est refondu à l'article III – 198, § 1. L'article 122, § 1, alinéa 1 est supprimé, tandis que l'alinéa 2 et les §§ 2 à 5 se retrouvent en substance aux articles III – 197 et III – 198, §§ 1 et 2.

Les §§ 1 et 2 de l'article 123 sont supprimés. Les §§ 3 et 5 sont maintenus et adaptés, respectivement aux articles III – 199, § 1 et III – 197, § 3. L'article 123, § 4 est transformé en une base juridique stable relative « l'usage de l'euro » (article III – 191)

L'article 124 est pris en compte à l'article III – 200.

Sur ces dispositions transitoires, v aussi. *infra*.

³⁹ . Pour le reste, on notera que l'UEM n'est plus mentionnée en tant que telle comme objectif de l'Union, mais seulement la stabilité des prix (en tant qu'aspect du développement durable, article I – 3, § 3). Par ailleurs, les pouvoirs de la Commission ont été renforcés dans la procédure de surveillance multilatérale (avertissement direct de non conformité - article III – 179, § 4) et la procédure de déficit excessif (avis direct à l'État membre concerné, et non plus au Conseil, véritable proposition concernant le constat de déficit excessif - article III – 184, §§ 4 et 5). En matière monétaire, le vote à la majorité qualifiée au Conseil est étendu à la modification de certaines dispositions des statuts du SEBC (article III – 187, § 3), ainsi que pour la désignation du directeur (article III – 383, § 2). Enfin, on notera que la nouvelle méthode de calcul du vote majoritaire au sein du Conseil des gouverneurs a été intégrée à l'article 10 des statuts du SEBC, et qu'un nouveau paragraphe a été ajouté à l'article 49 des statuts concernant l'incidence de l'adhésion de nouveaux États membres concernant le capital et les réserves de change.

⁴⁰ . Articles I – 13, § 1, c) et I – 30, § 4 de la Constitution.

⁴¹. Par ailleurs, l'autonomie des États relevant de la zone euro a été renforcée dans le cadre de la procédure de coordination des politiques économiques et de la surveillance multilatérale ⁴² ainsi que dans le cadre de la procédure dite « des déficits excessifs » ⁴³. Il en va de même à propos de l'établissement de positions communes et d'une représentation unifiée de la zone *euro* dans la sphère internationale ⁴⁴, ainsi que lors de la procédure relative à la participation ultérieure ⁴⁵. Enfin, l'adaptation de la définition de la majorité qualifiée au Conseil lorsque le vote est suspendu pour certains États membres n'est plus la majorité des deux tiers, mais une transposition de la nouvelle formule générale élaborée par la Constitution.

Nous reviendrons plus en détail sur ces innovations, à la lumière du système en place sur base des traités en vigueur.

CHAPITRE 18. — LES DEUX PREMIÈRES PHASES DE L'UEM COMMUNES À TOUS LES ÉTATS MEMBRES

Le traité de Maastricht prévoit de réaliser l'Union économique et monétaire en trois phases. La différenciation opérée parmi les États membres concerne pour l'essentiel la troisième phase qui a débuté le 1er juillet 1999, date d'entrée en vigueur de la monnaie unique dont la valeur est alors irrévocablement fixée ⁴⁶. Les deux premières phases sont donc communes à tous les États membres, du moins en principe car le Royaume-Uni jouit déjà d'un statut particulier à ce stade. Il est notamment le seul État membre à ne pas se voir lié par l'objectif même de l'instauration d'une monnaie unique, ainsi que d'une politique monétaire et de change unique ⁴⁷.

Le début de la première phase avait déjà été fixé au 1er juillet 1990 par le Conseil européen de Madrid (juin 1989) et comprenait une série de mesures économiques (achèvement du marché intérieur, en particulier la libre circulation des capitaux,

⁴¹. Articles I – 12, § 3 et I – 15 de la Constitution.

⁴². Article 99 du TCE, et III – 179 dans la Constitution.

⁴³. Article 104 du TCE, et III – 184 dans la Constitution.

⁴⁴. Articles III – 196, §§ 2 et 3, et III – 197, § 2, i) et j) et

⁴⁵. Article III – 198, § 2, alinéa 2.

⁴⁶. Conformément à l'article 118 du TCE.

⁴⁷. V. la référence à l'article 4, § 2 du TCE dans le protocole « britannique » (point 5). Il est également exempté de l'interdiction du financement monétaire, v. ci-dessous.

réforme des fonds structurels, etc.) et monétaires (participation au SME, utilisation de l'écu privé, etc.) s'adressant à tous les États membres. C'est également durant la première phase, plus précisément le 1er novembre 1993, qu'est entré en vigueur le « Traité sur l'Union européenne » et son titre VII relatif à l'UEM, tandis que la deuxième phase devait démarrer peu après, à savoir le 1er janvier 1994, conformément audit traité ⁴⁸.

Le traité de Maastricht prévoyait, *dès son entrée en vigueur*, que le Conseil évalue les progrès réalisés en matière de convergence économique et monétaire, en particulier en ce qui concerne la stabilité des prix et la situation saine des finances publiques, si nécessaire sur base de programmes nationaux pluriannuels de convergence ⁴⁹. C'est également à ce moment que démarra la procédure de coordination des politiques économiques et de surveillance multilatérale au cours de laquelle le Conseil est amené, sur une base annuelle, à adopter une recommandation fixant les « grandes orientations » des politiques économiques des États membres et de la Communauté ⁵⁰.

En outre, *dès le début de la deuxième phase*, tous les États membres, sans exception, « s'efforcent d'éviter les déficits publics excessifs », tandis que l'obligation de moyen se transforme en obligation de résultat au début de la troisième phase pour tous les États membres, sauf pour le Royaume-Uni qui reste néanmoins soumis à l'obligation de moyen ⁵¹. Afin de contrôler le respect de ces obligations, l'article 104 du TCE a mis en place une procédure dite « de déficit excessif » dont les dernières étapes relatives à la mise en demeure et aux sanctions éventuelles ne s'appliquent qu'à partir de la troisième phase, et uniquement à l'égard des participants à la monnaie unique ⁵². Sur base de l'article 104, § 14, alinéa 3, le Conseil a adopté, à la majorité qualifiée de

⁴⁸ . Article 116, § 1 du TCE.

⁴⁹ . Article 116, § 2, a), deuxième tiret et b) du TCE

⁵⁰ . Articles 98 et 99 du TCE. V. aussi l'article 100 du TCE qui autorise le Conseil, en cas de graves difficultés dans l'approvisionnement de certains produits, à décider « des mesures appropriées à la situation économique », ou encore à accorder à un État membre, dans certaines circonstances exceptionnelles, une assistance financière communautaire. Ce dernier cas, visé par l'article 100, § 2, ne s'applique qu'à partir de la troisième phase (article 116, § 3 du TCE).

⁵¹ . Article 116, §§ 3 et 4 du TCE (visant l'article 104) et protocole « britannique », points 5 et 6. Selon certains, le Danemark ne serait pas non plus visé par cette obligation (v. *infra*)

⁵² . Sur l'article 104, §§ 9 et 11 du TCE, v. *infra*. V. aussi le protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs qui indiquent les valeurs de référence relatives au déficit public (3%) et à la dette publique (60%), et qui précisent quelques définitions.

tous les États membres, un règlement du Conseil, applicable à tous les États membres, relatif à l'application du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs⁵³.

C'est également au début de la deuxième phase qu'entrent en vigueur les trois *golden rules* liées au financement des autorités publiques : interdiction de financement des pouvoirs publics par les banques centrales (financement monétaire), interdiction d'accès privilégié des pouvoirs publics aux institutions financières, et obligation de ne pas recourir à la couverture de la Communauté ou d'un autre État membre pour garantir les engagements financiers des pouvoirs publics (*bail out*)⁵⁴. Le Royaume-Uni bénéficie à cet endroit d'une nouvelle dérogation par rapport à l'article 101 du TCE lui permettant de conserver sa ligne de crédit « *Ways and Means* » dont il dispose auprès de la Banque d'Angleterre⁵⁵, ce qui ne l'a pas empêché de participer à l'adoption des règlements visant à préciser ces interdictions⁵⁶. Ce statut spécial pour le Royaume-Uni ne vaut qu'aussi longtemps qu'il n'a pas adopté l'euro.

D'une manière générale, la deuxième phase de l'UEM correspond à la mise en œuvre progressive du chapitre consacré à la « politique économique », laquelle vise notamment la préparation au respect des conditions économiques objectives de

⁵³ . Règlement CE n° 3605/93 « relatif à l'application du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs annexé au TCE », *J.O.* n° L 332 du 31/12/1993, p. 7 (modifié par le règlement CE n° 475/2000 du Conseil du 28 février 2000, *J.O.* n° L 058 du 3/03/2000, p. 1).

⁵⁴ . Article 116, § 3 du TCE, visant les articles 101 et 102, § 1, et 103, § 1. Les États membres étaient déjà censés adopter les mesures nécessaires au cours de la première phase pour se préparer aux deux premières interdictions (article 116, § 2, a), premier tiret).

⁵⁵ . Protocole « britannique », point 11. De même, le Portugal est autorisé à maintenir le régime privilégié des Açores et de Madère leur permettant de bénéficier de crédits sans intérêt auprès du Banco du Portugal, pour autant que le Portugal s'engage à mettre fin dans les meilleurs délais à ce régime (Protocole sur le Portugal, précité). Difficile de savoir si cela a été fait.

⁵⁶ . Les États membres étaient déjà censés adopter les mesures nécessaires au cours de la première phase pour se préparer aux deux premières interdictions (article 116, § 2, a), premier tiret). Ces interdictions ont été précisées dans le règlement CE n° 3603/93 du Conseil du 13 décembre 1993 précisant les définitions nécessaires à l'application des interdictions énoncées à l'article 104 et à l'article 104B, paragraphe 1 du TCE (articles 101 et 103, § 1, version *post* Amsterdam), *J.O.* n° L 332 du 31/12/1993, p.1. Ce règlement précise que la ligne de crédit « *Ways and Means* » dont dispose le gouvernement britannique auprès de la Banque d'Angleterre ne doit pas être considérée comme un « instrument de dette » au sens du règlement. L'on observera avec intérêt que l'existence de non participants à la troisième phase permettra, lors de celle-ci, de poursuivre, aux fins de gestion des réserves de change, les acquisitions par les Banques centrales de la zone euro d'instruments négociables de dette du secteur public d'un État membre non participant, et inversement, les acquisitions par les Banques centrales des non participants d'instruments négociables de dette du secteur public d'un État membre participant à la zone euro (Article 2 du règlement n° 3603/93). La troisième interdiction fait l'objet du règlement CE n° 3604/93 du Conseil du 13 décembre 1993 précisant les définitions en vue de l'application de l'interdiction de l'accès privilégié énoncée à l'article 104 A du TCE, (article 102 du TCE, *post* Amsterdam), *J.O.* n° L 332 du 31/12/1993, p.4.

participation à la troisième phase de l'UEM ⁵⁷. Afin de pouvoir comparer les situations économiques de chaque pays, le Conseil s'est attaché, d'une part à établir un nouveau système européen des comptes nationaux et régionaux (SEC 95) ⁵⁸, et d'autre part à harmoniser les indices des prix à la consommation ⁵⁹. Ces règlements, adoptés, d'abord sur base de l'article 213 du TCE (pouvoirs de vérification de la Commission), puis sur base du nouvel article 285 du TCE (ex 213A, concernant les statistiques), s'appliquent indistinctement à tous les États membres, tout comme les règlements ultérieurs de modification ou de complément du Conseil ⁶⁰ ainsi que ceux d'application arrêtés par la Commission.⁶¹

Toutefois, certains aspects de la *politique monétaire* sont également déjà en préparation lors de la deuxième phase.

Ainsi, dès l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, chaque État membre était tenu de traiter sa politique de change comme un problème d'intérêt commun, notamment en tenant compte des expériences acquises dans le cadre du SME ⁶². On a également maintenu un système de concours mutuel ⁶³ ou de sauvegarde ⁶⁴ en cas de difficultés

⁵⁷ . Sur les critères de convergence (article 121 du TCE), v. *infra*.

⁵⁸ . Règlement CE n° 2223/96 du Conseil du 25 juin 1996 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans la Communauté, *J.O.* n° L 310 du 30/10/1996, p. 1.

⁵⁹ . Règlement CE n° 2494/95 du Conseil du 23 octobre 1995 relatif aux indices de prix à la consommation harmonisés, *J.O.* n° L 257 du 27/10/1995, p. 1. Le règlement se réfère cependant à un « indice des prix à la consommation de l'Union monétaire (IPCUM) », produit sur base des États membres « qui ne font pas l'objet d'une dérogation », lesquels n'étaient pas encore connus à l'époque. Rien n'est indiqué en ce qui concerne les *opt-out* du Royaume-Uni et du Danemark.

⁶⁰ . V. par exemple le règlement CE n° 448/98 du Conseil du 16 février 1998, *J.O.* n° L 058 du 27/02/1998, p. 1. Plus tard, v. les règlements suivants : Règlement CE n° 2516/2000 du Parlement européen et du Conseil du 7 novembre 2000 *J.O.* n° L 290 du 17/11/2000, p. 1 ; Règlement (CE) n° 2558/2001 du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 modifiant le règlement (CE) n° 2223/96 du Conseil en ce qui concerne le reclassement des règlements effectués dans le cadre d'accords de swaps et de contrats de garantie de taux *J.O.* L 344 du 28/12/2001 p. 1 ; Règlement (CE) n° 1267/2003 du Parlement européen et du Conseil du 16 juin 2003 modifiant le règlement (CE) n° 2223/96 du Conseil en ce qui concerne les délais de transmission des principaux agrégats des comptes nationaux, les dérogations concernant la transmission des principaux agrégats des comptes nationaux et la transmission des données de l'emploi en heures travaillées *J.O.* L 180 du 18/07/2003 p.1.

⁶¹ . V. par exemple, le règlement CE n° 264/2000 de la Commission, du 3 février 2000, portant application du règlement CE n° 2223/96 du Conseil et relatif aux statistiques infra-annuelles de finances publiques, *J.O.*, n° L 029 du 04/02/2000, p. 4.

⁶² . Article 124 du TCE.

⁶³ . Article 119 du TCE. V. à ce sujet le règlement (CE) n° 332/2002 du Conseil du 18 février 2002 établissant un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres, *J.O.* L 053 du 23/02/2002 p.1. Celui-ci a été adopté, non sur base de l'article 119, qui ne permet pas d'envisager l'octroi de prêts communautaires uniquement par le recours au marché des capitaux, mais de l'article 308. Le règlement s'applique à tous les États membres, mais le système est prévu au profit de ceux qui n'ont pas adopté la monnaie unique.

ou de crise soudaine dans la balance des paiements. Toutes ces mesures en matière monétaire ne perdureront, au delà de la troisième phase, qu'à l'égard des États membres *ne participant pas* à la monnaie unique, sans distinction ⁶⁵. Enfin, les États membres étaient également tenus d'engager le processus conduisant à la compatibilité du droit national et du statut des banques centrales nationales avec le TCE et les statuts du SEBC ⁶⁶ (notamment en ce qui concerne l'indépendance de ces dernières, à partir du début de la seconde phase) ⁶⁷ sauf le Royaume-Uni qui a bénéficié d'une nouvelle dérogation spéciale à cet endroit ⁶⁸.

Sur le plan institutionnel, le comité monétaire déjà prévu dans le traité de Rome (art. 105), deviendra le « Comité économique et financier » au début de la troisième phase ⁶⁹. Tous les États membres, sans exception, ont pris part à la réforme de son statut et participent à ses travaux. Le Comité reste notamment chargé de suivre la situation monétaire et financière des *non participants* à la monnaie unique en vue d'une intégration ultérieure.

Surtout, l'Institut monétaire européen (IME) a été institué au début de la deuxième phase, notamment afin de préparer la troisième phase et le cadre du Système européen de Banques centrales (SEBC). L'IME était composé des gouverneurs des banques centrales de *tous* les États membres, dont l'un était vice-président, ainsi que d'un président provenant de l'extérieur. L'IME, statuant en principe à la majorité des deux tiers, formulait des avis, des recommandations, voire dans certains cas anticipait le rôle joué par la future Banque centrale européenne (BCE) ⁷⁰. L'IME devait également être consulté par les autorités nationales sur tout projet de réglementation dans le

⁶⁴ . Article 120 du TCE.

⁶⁵ . V. l'article 124, § 2 du TCE (repris à l'article III – 200 de la Constitution), ainsi que les articles 119, § 4, 120, § 4, 122, § 6 du TCE et le point 6 du protocole « britannique » (repris aux articles III – 201, § 1 et III – 202, § 2 de la Constitution).

⁶⁶ . Article 109 du TCE.

⁶⁷ . Article 116, § 5 du TCE

⁶⁸ . Du moins, dès le moment de la notification de non participation, Protocole « britannique », points 2 et 5.

⁶⁹ . Article 114 du TCE. Décision 98/743 CE du Conseil du 21 décembre 1998 sur les modalités relatives à la composition du Comité économique et financier, *J.O.* n° L 358 du 31/12/1998, p. 109. Décision 99/8 CE du Conseil du 31 décembre 1998 portant adoption du statut du comité économique et financier, *J.O.* n° L 005, du 9/01/1999, p. 71, révisée par la décision du Conseil du 18 février 2003, *J.O.* L 158 du 27 juin 2003.

⁷⁰ . Article 117 du TCE.

domaine relevant de sa compétence ⁷¹. Il a été remplacé par la BCE dès le début de la troisième phase ⁷², voire quelque peu auparavant ⁷³.

En résumé, la deuxième phase a pour effet de rendre effectivement applicables un certain nombre de dispositions à *tous* les États membres, à l'exception du Royaume-Uni qui jouit déjà à ce stade d'un régime d'exemption en ce qui concerne l'objectif même de la monnaie unique, sa ligne de crédit *Ways and Means*, et le processus d'adaptation de sa législation nationale, notamment en ce qui concerne le caractère indépendant de la Banque d'Angleterre).

Lors de la troisième phase, plusieurs dispositions des traités ou de droit dérivé continueront de s'appliquer à tous les États membres, comme la coordination des politiques économiques et la procédure de surveillance multilatérale, ainsi que la législation sur l'indice des prix ou le système européen des comptes. La procédure de déficit excessif continuera également de s'appliquer, avec un régime distinct pour les non participants et pour le Royaume-Uni. D'autres dispositions, en revanche, qui s'inscrivent dans le cadre de leurs relations avec les États qui ont adopté l'euro, ne concernent plus, lors de la troisième phase, que les États restés en dehors de la zone euro. Il s'agit en particulier du mécanisme de change (article 124) et du système de concours mutuel ou de sauvegarde (articles 119 et 120), notamment en cas de difficultés liées à la balance des paiements.

La troisième phase de l'UEM démarra le 1er janvier 1999 avec la fixation irrévocable des parités et l'entrée en vigueur de la monnaie unique scripturale, l'euro, la mise en circulation effective des signes monétaires libellés en euro n'ayant eu lieu que trois ans plus tard, le 1er janvier 2002. Du moins en va-t-il ainsi pour ceux qui l'ont adopté, et qui à ce titre constituent dès ce moment une sorte de « coopération renforcée ».

⁷¹. Article 117, § 6 du TCE.

⁷². L'article 117, § 9 indique que l'IME précède la BCE pendant toute la seconde phase.

⁷³. Le 1er juin 1998, à partir du moment où l'IME a été mis en liquidation (au moment de l'entrée en vigueur du SEBC). Toutefois, avant le début de la troisième phase, la BCE n'exerce que des fonctions normatives, pas de politique monétaire.

TITRE II. —

TROISIÈME PHASE DE L'UEM : « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE

CHAPITRE 19. — DÉCLENCHEMENT DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE ET PARTICIPATION ULTÉRIEURE : PROCÉDURES ET CONDITIONS DE PARTICIPATION

I. Procédure de déclenchement de la troisième phase et formation de la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté la monnaie unique

La troisième phase de l'UEM est celle qui voit se concrétiser la monnaie unique. Formellement, c'est la Communauté en tant que telle qui entre dans la troisième phase, de façon irrévocable, au plus tard le 1er janvier 1999⁷⁴. Toutefois, seuls un certain nombre d'États membres — une « coopération renforcée » — adopteront la monnaie unique, du moins dans un premier temps : onze, puis un douzième États membres sur quinze. Un treizième, la Slovaquie, s'y ralliera après l'élargissement aux douze nouveaux États membres, le 1^{er} janvier 2007.

Certes, nous l'avons déjà indiqué, le concept de « coopération renforcée » n'existe pas encore au temps du traité de Maastricht. Il est néanmoins retenu afin de préfigurer la comparaison que nous ferons avec le mécanisme général de la coopération renforcée et les autres « coopérations renforcées » prédéterminées. A ce stade, l'expression désigne simplement le cercle d'État ayant adopté la monnaie unique.

Malgré la date butoir du 1er janvier 1999, le déclenchement de la troisième phase fait l'objet d'une procédure de décision qui se confond avec celle donnant lieu à la formation du cercle initial des États participants. La composition de cette « coopération renforcée » procède, d'une part d'une clause optionnelle accordée au

⁷⁴ . Article 121, § 4 du TCE.

Royaume-Uni et au Danemark, et d'autre part du respect d'un certain nombre de conditions de participation.

Les clauses optionnelles ont été accordées au Royaume-Uni et au Danemark pour des raisons essentiellement politiques, nonobstant les raisons pseudo-objectives avancées dans les préambules des protocoles précités concernant respectivement les deux États⁷⁵. Aux termes de cette clause, avant que le Conseil ne procède à l'examen individuel pour chaque État membre du respect de conditions de participation que sont notamment les critères de convergence (v. *infra*), le Danemark était invité à notifier « *sa position sur sa participation à la troisième phase* », tandis que le Royaume-Uni devait « *notifier s'il a l'intention de passer à la troisième phase* »⁷⁶. Suite au premier référendum négatif danois sur le traité de Maastricht, le gouvernement danois fit part de son intention de ne pas participer à la monnaie unique dès le Conseil européen d'Édimbourg du 11/12 décembre 1992⁷⁷, position qui fut officialisée le 1er novembre 1993, date d'entrée en vigueur du TUE. Le Royaume-Uni notifia quant à lui sa décision de ne pas participer à la monnaie unique le 30 octobre 1997⁷⁸, même si formellement, une telle notification n'était nécessaire que pour faire part de sa volonté contraire : en effet, le protocole « britannique » posait déjà le principe selon lequel le Royaume-Uni « n'est pas tenu de passer à la troisième phase »⁷⁹.

D'un point de vue formel, le Royaume-Uni et le Danemark ont donc en commun de ne pas être partie prenante à la troisième phase de l'UEM. Toutefois, nous verrons que leur statut respectif est très différent, celui du Danemark était nettement plus proche

⁷⁵ . Pour le Danemark, l'intention était « de régler, conformément aux objectifs généraux du (TCE), certains problèmes qui se posent actuellement », notamment dans la mesure où la Constitution du Danemark pourrait exiger un référendum préalable à l'entrée dans la troisième phase. Quant au Royaume-Uni, il est pris acte du fait que « le Royaume-Uni a coutume de financer ses emprunts par la vente de titres de créance au secteur privé », et que seule une décision distincte de son gouvernement et de son parlement peut l'engager dans la troisième phase.

⁷⁶ . Protocole « britannique », point 1 ; Protocole « danois », point 1.

⁷⁷ . Décision des chefs d'État et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité sur l'Union européenne, *J.O.* n° C 348 du 31/12/1992, p. 1, Annexe 1, section B.

⁷⁸ . V. le considérant n° 21 du préambule du règlement CE n° 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction du l'euro, *J.O.* n° L 139 du 11/05/1998, p. 1. Une telle notification avait déjà eu lieu une première fois, à l'occasion de la première procédure de passage à la troisième phase. Ceci apparaît dans le troisième considérant de la décision 96/736 CE du Conseil (v. *infra*).

⁷⁹ . En revanche, il semble que seule une notification expresse de non participation permettait de déclencher le statut dérogatoire prévu aux points 3 à 9 du protocole britannique (point 2 du protocole)

de celui des États membres « faisant l'objet d'une dérogation » dans le cadre de la troisième phase (v. *infra*).

La formation du cercle initial des États membres participant à la monnaie unique dépendait, pour le reste, de conditions auxquelles ils devaient satisfaire ⁸⁰. D'abord, les législations nationales devaient se conformer aux Statuts du SEBC, ainsi qu'au principe d'indépendance des banques centrales conformément aux articles 108 et 109 du TCE. En réalité, le processus conduisant à l'indépendance des banques centrales nationales s'imposait déjà formellement aux États membres dès le début de la deuxième phase, sauf à l'égard du Royaume-Uni qui bénéficiait d'une exemption spéciale à cet endroit ⁸¹. Ensuite, il incombait aux États de respecter certains critères de convergence économique visant le taux d'inflation, la situation des finances publiques (déficit et dette publics), le respect des marges de fluctuation imposées par le mécanisme de change du Système Monétaire Européen (SME) pendant deux ans au moins, et enfin, le taux d'intérêt à long terme. Nous reviendrons plus loin sur le caractère plus ou moins objectif de ces critères de convergence économique qui conditionnent la participation à la monnaie unique et l'interprétation qui en a été faite dans la pratique.

La procédure de déclenchement de la troisième phase de l'UEM et de désignation des États membres participant à la « coopération renforcée » s'est déroulée en plusieurs étapes, conformément au TUE ⁸².

D'abord, sur base de rapports de convergence de l'IME et de la Commission européenne concernant les progrès accomplis par les États membres dans le respect de leurs « obligations pour la réalisation de l'UEM », et suite à une recommandation expresse de la Commission, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, devait évaluer pour chaque État membre, notamment s'il remplissait les critères et conditions énoncés ci-dessus, et si par conséquent, une majorité de ceux-ci étaient en mesure d'adopter la monnaie unique. Afin de déterminer cette masse critique de participation,

⁸⁰ . Article 121, § 1 du TCE.

⁸¹ . V. *supra*. Pour le détail des critères de convergence « légale » ainsi que le calendrier de leur mise en oeuvre, v. R. Smits, précité, 1997, p. 122.

on ne devait pas tenir compte du Royaume-Uni ni du Danemark ⁸³, lesquels prenaient néanmoins part au processus de décision du Conseil qui statue en formation normale à cet endroit.

Suite aux conclusions du Conseil (sous forme de recommandation), et suite à la transmission de l'avis du Parlement européen, le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement statuant également à la majorité qualifiée, devait, avant le 31 décembre 1996, décider ou non de déclencher la troisième phase pour les États retenus, et le cas échéant, en fixer la date. Dans une décision du 13 décembre 1996, le Conseil constata formellement qu'il n'y avait pas de majorité d'États membres remplissant les conditions requises pour démarrer la troisième phase en 1997. Il confirma dès lors, conformément à l'article 121, § 4 du TCE, que celle-ci débiterait automatiquement le 1er janvier 1999, et que les États retenus seraient désignés le plus tôt possible, au plus tard le 1er juillet 1998 ⁸⁴.

La même procédure de déclenchement reprit plus tard pour aboutir finalement le 3 mai 1998. Bien que subsista la condition d'atteindre une masse critique de participation, la majorité des États membres, n'était plus requise à ce stade. Mis à part le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement désigna onze États membres remplissant les conditions nécessaires pour l'adoption de la monnaie unique ⁸⁵. Le Royaume-Uni et le Danemark qui n'ont pas fait l'objet d'une évaluation ⁸⁶, seules la Grèce et la Suède n'ont pas été retenues, et ont dès lors fait l'objet d'une « dérogation », conformément à l'article 122 du TCE. Nous reviendrons plus loin sur la nature du statut de ces États « *faisant l'objet d'une dérogation* », en comparaison avec le statut du Royaume-Uni et du Danemark.

⁸². Article 121, §§ 2 à 4 du TCE. V. aussi le protocole précité sur le passage à la troisième phase de l'UEM qui souligne notamment le caractère irréversible de la marche vers la troisième phase de l'UEM, et l'entrée irrévocable dans celle-ci.

⁸³. Protocole « britannique », point 3 ; protocole « danois » (n° 11), point 3.

⁸⁴. Décision 96/736 du Conseil du 13 décembre 1996 arrêtée conformément à l'article 109 J paragraphe 3 du traité (article 121, § 3 dans la version *post* Amsterdam) sur l'entrée dans la troisième phase de l'UEM, *J.O.* n° L 335 du 24/12/1996, p. 48. En réalité, il était déjà acquis, depuis les sommets de Madrid (décembre 1995) et de Florence (juin 1996), voire depuis le sommet de Cannes (juin 1995), que la troisième phase ne commencerait que le 1er janvier 1999. En effet, le Conseil avait constaté à trois reprises, en 1994, 1995, et 1996, conformément à l'article 104, § 6 du TCE, que douze États membres présentaient un déficit excessif.

⁸⁵. Décision 98/317/CE du Conseil du 3 mai 1998 conformément à l'article 109 J, paragraphe 4 du traité (article 121, § 4 dans la version *post* Amsterdam), *J.O.* n° L 139, du 11/05/1998, p. 30.

La Grèce, dont la législation était jugée conforme aux exigences d'indépendance des banques centrales, ne réussit cependant à atteindre aucun des quatre critères de convergence économique. La Suède n'avait quant à elle jamais pris part au mécanisme de change organisé dans le cadre du SME. Elle n'avait pas non plus adapté sa législation, ni aux exigences d'indépendance des banques centrales, ni aux statuts du SEBC.

Contrairement à la Grèce, la Suède ne désirait pas, du moins pas tout de suite, prendre part à la troisième phase de l'UEM. N'ayant pas cherché à obtenir, lors des négociations de son adhésion à l'Union, une clause optionnelle similaire à celle dont bénéficiaient le Royaume-Uni et le Danemark, il lui était commode de ne pas respecter certaines des conditions requises... Cette situation devait également éviter l'embarras d'une Union qui eut dû, soit imposer la monnaie unique à la Suède contre son gré, soit accorder une exemption non prévue par le droit primaire. Le 14 septembre 2003, la Suède a tenu un référendum sur l'adoption de l'euro, en l'occurrence rejeté par une large majorité des suédois (56%), qui pourrait apparaître peu conforme aux engagements pris dans son traité d'adhésion.

Nul doute que ce précédent pourrait donner des idées aux États qui auraient des réticences à l'égard de la monnaie unique, en particulier parmi les nouveaux adhérents, quitte à heurter le principe général de coopération sincère et loyale (article 10 du TCE). L'on pourrait en effet estimer que les États sont soumis à une obligation, si pas de résultat à tout le moins de moyen, de satisfaire aux critères de convergence, une obligation pouvant théoriquement faire l'objet d'un recours en manquement.

Enfin, il était prévu que soient arrêtés, le jour de l'entrée en vigueur de la troisième phase, les taux de conversion ainsi que les autres mesures nécessaires à l'introduction de l'euro, ce qui a été fait à différents moments ⁸⁷. Ces dispositions devant être

⁸⁶ . V. le considérant n° 7 de la décision 98/317 CE, précitée, qui juge qu'une telle évaluation n'était « pas nécessaire ».

⁸⁷ . Ont ainsi été adoptés, conformément à l'article 123, § 4 du TCE, le règlement CE n° 974 du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction du l'euro, *J.O.* n° L 139 du 11/05/1998, p. 1, ainsi que le règlement CE n° 2866 du Conseil du 31 décembre 1998 concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des États membres adoptant l'euro, *J.O.* n° L 359 du 31/12/1998, p. 1. V. également le règlement CE n° 1103/97 du Conseil du 17 juin 1997 fixant certaines dispositions relatives à

adoptées à l'unanimité *des participants*⁸⁸, il y a de fortes chances qu'un État membre ne soit jamais mis en minorité par une majorité qualifiée le désignant comme participant à la troisième phase contre son gré, dès lors que cet État pourrait toujours faire de l'obstruction dans la phase suivante de fixation des taux et d'adoption des mesures nécessaires à l'introduction de l'euro, quitte à violer le protocole sur le passage à la troisième phase de l'UEM⁸⁹. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne la participation ultérieure d'un autre État membre.

Il en résulte qu'outre les critères de capacité, la participation à la monnaie unique ne peut, *de facto*, être imposée contre la volonté d'un État membre.

II. Procédure relative à l'adoption ultérieure de la monnaie unique par les autres États membres

La procédure relative à l'adoption ultérieure de la monnaie unique des États membres faisant l'objet d'une dérogation peut être initiée à la demande d'un de ceux-ci, ou sur base d'un nouveau rapport de convergence effectué au moins tous les deux ans par la Commission et la BCE sur le respect des conditions de participation. Ainsi, concernant la Suède, la Commission a établi un rapport de convergence en 2002 au terme duquel elle ne remplissait toujours pas le critère relatif au taux de change, ni n'avait rendu compatible sa législation aux exigences des traités⁹⁰.

Cette procédure diffère de la procédure de désignation initiale sur deux ou trois points⁹¹. C'est le Conseil toujours en formation pleine qui, après l'avis du Parlement, statue à la majorité qualifiée, et non plus le Conseil réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement, lequel est simplement saisi de la question pour une « discussion » préalable. Surtout, le Conseil statue sur base d'une proposition formelle de la Commission, non plus d'une simple recommandation. Le Conseil ne pourrait donc en

l'introduction de l'euro, *J.O.* n° L 162/1, 1997, adopté précédemment sur base de l'article 235 du TCE. On reviendra sur ces mesures, notamment à l'occasion de l'examen du champ d'application des actes du Conseil.

⁸⁸ . Le traité de Nice prévoit la majorité qualifiée pour adopter les dispositions relatives au cadre juridique de l'euro autres que celles résultant de la participation ultérieure d'un État membre.

⁸⁹ . En ce sens, v. Ph-E. Partsch, « De quelques questions juridiques relatives au passage à la troisième phase de l'Union économique et monétaire et au fonctionnement de celle-ci », *RTD eur.*, 1998., p. 66.

⁹⁰ . COM (2002) 243 final (non publié au *J.O.*)

⁹¹ . Article 122, § 2 du TCE.

principe amender la proposition de la Commission qu'à l'unanimité, ce qui pourrait accroître son influence à cet endroit ⁹².

La Grèce a bénéficié de cette procédure au mois de juin 2000, lui permettant de la sorte d'adopter la monnaie unique au 1er janvier 2001 ⁹³.

Sur ce point, la Constitution européenne a introduit une nouveauté visant à renforcer l'autonomie du cercle des États ayant adopté l'euro et à se rapprocher du mécanisme de la coopération renforcée : avant de statuer dans sa formation pleine, le Conseil doit recevoir une recommandation en ce sens adoptée par une majorité qualifiée des représentants des États en question, dans un délai de six mois à compter à partir de la réception de la proposition de la Commission ⁹⁴.

Lorsqu'il est mis fin à la « dérogation » d'un État membre au sens de l'article 122 du TCE, toutes les dispositions des traités et des statuts lui sont normalement applicables. La participation ultérieure du Danemark et du Royaume-Uni relève de la même procédure, mais seulement à la demande de ceux-ci ⁹⁵. Le régime différencié prévu par les protocoles « britannique » et « danois » cesseraient alors d'être applicables, conformément à leur disposition finale respective. Le Danemark a tenu le 28 septembre 2000 un référendum à ce sujet où plus de 53 % des électeurs Danois se sont prononcés contre la monnaie unique. Le premier ministre britannique a également indiqué à plusieurs reprises qu'un référendum aurait lieu au Royaume-Uni sur son intégration à la zone euro lorsque les conditions économiques le permettraient, sans cependant préciser d'échéance.

Il serait également logique, bien que cela ne soit mentionné nulle part dans le traité, que les nouveaux États membres venus, actuels ou futurs adhérents, soient automatiquement liés par tout l'acquis propre aux participants à la troisième phase de l'UEM, tant dans le cadre communautaire que dans celui du SEBC. La question ne se pose bien entendu que dans les cas où les non participants ne seraient pas déjà

⁹² . Article 250 du TCE. En ce sens, v. Ph-E. Partsch, précité, 1998, p. 47.

⁹³ . Décision 00/427 du Conseil du 19 juin 2000 conformément à l'article 122, paragraphe 2, du traité pour l'adoption par la Grèce de la monnaie unique au 1er janvier 2001, *J.O.* n° L 167 du 7/07/2000, p. 19.

⁹⁴ . Article III – 198, § 2, alinéa 2 de la Constitution.

d'emblée liés de façon uniforme par les actes adoptés par le Conseil ou par la BCE, ce qui arrive parfois même au cours de la troisième phase. Autrement dit, la question ne se pose que lorsque la réglementation du Conseil ou de la BCE ne s'applique pas aux États membres qui n'ont pas adopté initialement la monnaie unique, ou lorsque cette réglementation établit des régimes distincts.

En effet, à l'instar de la question du champ d'application des actes du Conseil que nous examinerons de près par la suite, le traité n'a pas réglé de façon expresse le sort de cette législation « différenciée ». En réalité, ce problème est souvent résolu par la pratique législative que nous qualifierons de différenciation « matérielle ». Cette technique consiste à viser d'une manière ou d'une autre, dans le contenu des actes, les « États participants » à la monnaie unique (ou leur Banque centrale). Cette formule permet dès lors d'inclure pareillement les futurs participants. Il en va de même lorsque les actes du Conseil établissent des régimes spécifiques pour les participants et les non participants.

Il arrive dès lors, que des actes adoptés par le Conseil en formation « réduite », comme c'est par exemple le cas pour ceux relatifs au cadre juridique de l'euro, ou arrêtés par les organes de l'*Eurosystème*, ce qui est plus fréquent, s'appliquent ultérieurement à des États membres ou à leur Banque centrale, sans que ceux-ci n'aient pris part au processus de décision de ces actes (v. *infra*). On retrouve ainsi la philosophie retenue par le mécanisme général de la coopération renforcée. L'article 43 B du TCE fait de l'adoption de l'acquis d'une coopération renforcée une condition à sa participation.

Ceci dit, la participation ultérieure d'un État membre à la monnaie unique s'accompagne parfois d'un certain nombre d'adaptations des actes antérieurs⁹⁶. De telles adaptations peuvent aussi être requises par le traité lui-même. Ainsi, lorsqu'il

⁹⁵ . Protocole « britannique », point 10, et protocole « danois », point 4.

⁹⁶ . V. par exemple, suite à l'adoption par la Grèce de la monnaie unique, la décision 2000/737/CE du Conseil du 20 novembre 2000 modifiant la décision 1999/70/CE concernant les commissaires aux comptes extérieurs des banques centrales, *J.O.* n° L 298 du 25/11/2000, p. 23. Ou encore, l'accord du 14 septembre 2000 entre la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro, modifiant l'accord du 1er septembre 1998 fixant les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, *J.O.* n° C 362 du 16/12/2000, p. 11.

est mis fin aux « dérogations », le Conseil statuant à l'unanimité des participants et de l'État concerné, sur proposition de la Commission, et après consultation de la BCE, fixe le taux de conversion et décide des autres mesures nécessaires à l'introduction de l'euro dans l'État membre en question, conformément à l'article 123, § 5 du TCE. Dans le cas de la Grèce, le Conseil a adopté plusieurs règlements, dont un fixe le taux de conversion de la drachme ⁹⁷. Deux autres règlements étendent à la Grèce l'application des règlements antérieurs relatifs à l'introduction de l'euro, lesquels étaient conçus en fonction des seuls États membres participant d'emblée à la troisième phase. C'est pourquoi ces derniers règlements ont également été adaptés afin de généraliser de façon abstraite leur application à tous les participants à la monnaie unique, y compris les participants ultérieurs ⁹⁸.

La participation postérieure de la Grèce à la monnaie unique a également donné lieu à une décision importante de la BCE ⁹⁹. Celle-ci prévoit notamment la libération intégrale du solde de sa part dans le capital souscrit à la BCE et le montant de ce solde. Elle règle en outre le transfert d'avoirs de réserve de change de la Banque centrale de Grèce à la BCE (et la créance équivalente ¹⁰⁰), ainsi que la contribution de la Grèce aux réserves et aux provisions de la BCE. En réalité, toutes ces questions sont déjà abordées dans les statuts ¹⁰¹ ou dans la législation secondaire, laquelle s'applique déjà à tous les États membres, ou du moins à tous les *participants* à la monnaie unique. Il en résulte que la décision de la BCE revient surtout à « activer »

⁹⁷ . Règlement CE n° 1478/2000 du Conseil du 19 juin 2000 modifiant le règlement CE n° 2866/98 concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des États membres adoptant l'euro (précité), *J.O.* n° L 167 du 7/07/2000.

⁹⁸ . V. le règlement CE n° 2595/2000 du Conseil du 27 novembre 2000 modifiant le règlement CE n° 1103/97 fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro (précité), *J.O.* n° L 300 du 29/11/2000, p. 1, ainsi que le règlement (CE) n° 2596/2000 du Conseil du 27 novembre 2000 modifiant le règlement (CE) n° 974/97 concernant l'introduction de l'euro (précité), *J.O.* n° L 300 du 29/11/2000, p. 2. Il reste que ce dernier règlement devra à nouveau être modifié à l'occasion de chaque participation ultérieure d'un nouvel État membre, ne fût-ce que pour rajouter le nom des États membres participant en question.

⁹⁹ . Décision de la BCE du 16 novembre 2000 prévoyant la libération du capital et la contribution aux réserves et aux provisions de la BCE par la Banque de Grèce ainsi que le transfert initial d'avoirs de réserve de change à la BCE par la Banque de Grèce et des questions connexes (BCE/2000/14), *J.O.*, n° L 336 du 30/12/2000, p. 110. V. aussi le règlement (CE) n° 2548/2000 de la BCE du 2 novembre 2000 portant dispositions transitoires pour l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne à la suite de l'introduction de l'euro en Grèce (BCE/2000/11), *J.O.* n° L 291 du 18/11/2000, p. 28.

¹⁰⁰ . Sur les modalités relatives au calcul du montant de la créance et à son paiement, v. l'accord du 16 novembre 2000 entre la Banque centrale européenne et la Banque de Grèce concernant la créance reçue par la Banque de Grèce, de la Banque centrale européenne en vertu de l'article 30.3 des statuts du SEBC et des questions connexes, *J.O.* n° L 336 du 30/12/2000, p. 122.

ces dispositions ¹⁰², ou à leur donner des « spécifications » supplémentaires ¹⁰³. L'on notera par ailleurs que c'est en présence du gouverneur de la Banque de Grèce que le Conseil des gouverneurs a adopté ladite décision 2000/14 ¹⁰⁴.

III. Conditions de participation à la monnaie unique : nature des critères de convergence

La question s'est posée de savoir qu'elle était la marge de manœuvre des institutions dans l'interprétation des conditions et critères nécessaires permettant aux États membres d'accéder à la monnaie unique. L'attitude des États membres n'a certainement pas été uniforme à cet égard, selon que ces critères leur posaient problème ou non, le point de vue allemand ayant sans doute été le plus strict sur le plan juridique ¹⁰⁵.

Pourtant les arguments textuels ne manquent pas pour envisager une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation de ces conditions à la lumière de l'objectif principal : la stabilité des prix, autrement dit, une monnaie unique stable ¹⁰⁶. Ainsi, les rapports de la Commission et de l'IME « examinent si un degré élevé de *convergence durable* à été réalisé, en analysant *dans quelle mesure* chaque État membre a satisfait aux critères suivants » (article 121, § 1 du TCE). Ensuite, ces rapports servent de base

¹⁰¹ . V. les articles 28, 30, 48 et 49 des statuts du SEBC.

¹⁰² . En ce qui concerne la libération du capital, v. la décision de la BCE du 9 juin 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la BCE (BCE/1998/2), *J.O.* n° L 8 du 14/01/1999, p. 33 ; décision de la BCE du 1er décembre 1998 concernant les parts exprimées en pourcentage des banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne (BCE/1998/13), *J.O.*, n° L 125 du 19/05/1999 p. 33 ; décision de la BCE du 1er décembre 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la BCE par les banques centrales des États membres non participants (BCE/1998/14).

¹⁰³ . V. par exemple l'article 4, § 1 de la décision BCE/2000/14 précitée. En ce qui concerne les avoirs de change et les réserves, v. également l'orientation de la Banque centrale européenne du 3 novembre 1998 telle que modifiée par l'orientation du 16 novembre 2000 (BCE/2000/15) relative à la composition et à la valorisation des avoirs de réserve de change et aux modalités de leur transfert initial ainsi qu'à la dénomination et à la rémunération des créances équivalentes (l'orientation est publiée en annexe à la décision de la BCE précitée).

¹⁰⁴ . Conformément à l'article 3.4 du règlement intérieur de la BCE, il a été invité à « assister à la réunion » (v. le point 13 du préambule de la décision).

¹⁰⁵ . Ainsi que P.E. Partsch le souligne, le *Bundesverfassungsgericht* a fait (du moins dans un premier temps) de la stricte observance de ces critères « une condition de compatibilité du traité de Maastricht avec la Constitution allemande », précité, 1998, p. 58. Cette décision de la Cour constitutionnelle allemande n'a finalement pas eu le poids escompté. Elle se prononça une seconde fois au moment du passage à la troisième phase.

¹⁰⁶ . Articles 121 et 122 du TCE ; Protocole précité sur les critères de convergence. Sur ce point, v. P.E. Partsch, précité, 1998. *Comp. R. Smits*, 1997, précité, pp. 123 à 127.

à une *évaluation* du Conseil, lequel *recommande* les conclusions desdits rapports au Conseil réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement quant aux États qui remplissent les *conditions nécessaires à l'adoption de la monnaie unique*. Le préambule du protocole sur les critères de convergence indique que ceux-ci doivent *guider* la Communauté dans les décisions relatives au passage à la troisième phase de l'UEM.

En revanche, il n'est pas impossible, vu la formulation de l'article 122, § 2 du TCE, que le pouvoir d'appréciation du Conseil soit moindre lors de la participation ultérieure des États membres faisant l'objet d'une dérogation que lors de la procédure initiale de passage à la troisième phase, en ce sens que sa décision serait liée à un respect plus strict des critères de convergence¹⁰⁷. Par extension, il pourrait en aller de même pour les dix nouveaux États membres de l'Union. A cet égard, il est peut-être symptomatique que la décision du Conseil du 19 juin 2000 actant la participation de la Grèce se réfère systématiquement aux détails du protocole sur les critères de convergence, alors que la décision du Conseil du 3 mai 1998 désignant les premiers élus se contente, pour chaque État, de se référer aux quatre tirets de l'article 121, § 1 du TCE¹⁰⁸, même si en fin de compte, les deux décisions concluent à « un degré élevé de convergence durable ».

Plus fondamentalement, le caractère procédural élaboré de la prise de décision conduisant au passage à la monnaie unique et désignant les États membres élus ne plaide pas en faveur d'une application automatique des critères de convergence. L'examen des deux décisions précitées le confirment, encore que tous les critères ne soient pas nécessairement traités avec la même rigueur. On observera, à titre liminaire, que les performances du Royaume-Uni et du Danemark n'ont pas été évaluées dans la décision du 3 mai 1998 précitée.

- Le critère de *stabilité des prix* ressort en principe d'un taux d'inflation proche (de la moyenne de¹⁰⁹) de celui des trois membres, au plus, présentant les meilleurs résultats

¹⁰⁷ . Ph-E. Partsch, précité, 1998, p. 67. Alors que l'article 121 du TCE se réfère aux « conditions nécessaires pour l'adoption d'une monnaie unique », l'article 122 du TCE précise qu'il s'agit des conditions nécessaires « sur la base des critères fixés... ».

¹⁰⁸ . V. respectivement les décisions du Conseil précitées 00/427 CE et 98/317 CE.

¹⁰⁹ . V. Ph-E Partsch, précité, 1998, p. 61.

en terme de stabilité des prix. Le protocole sur les critères de convergence fixe cet écart des taux d'inflation à 1,5 %, observé au cours d'une période d'un an avant l'examen. A part la Grèce, dont le taux d'inflation était de 5,2 % (descendu à 2% au moment de sa participation), tous les États membres satisfaisaient à ce critère (dont le taux d'inflation oscillait entre 1,1 et 1,9 %).

- Le critère des *taux d'intérêt à long terme* est censé refléter, selon l'article 121, § 1, quatrième tiret, « le caractère durable de la convergence atteinte par l'État membre et de sa participation au (SME) ». Mais le protocole n° 6 se limite à viser un taux d'intérêt qui n'excède pas plus de 2 % celui des trois États membres, au plus, présentant les meilleurs résultats en matière de stabilité des prix. A part la Grèce, dont le taux d'intérêt moyen se montait à 9,8 % (descendu à 6,4 % lors de son accession), tous les États membres satisfaisaient à ce critère (dont le taux d'intérêt moyen oscillait entre 5,5 % et 6,5 %).

- Le critère des *finances publiques* renvoie à la procédure dite des « déficits publics excessifs », et en particulier au stade où le Conseil, statuant dans sa formation pleine à la majorité qualifiée ¹¹⁰, est susceptible de constater un *déficit public* dans le chef d'un État membre (article 104, § 6 du TCE, v. *supra*).

Les valeurs de référence sont indiquées dans le protocole sur la procédure concernant les déficits publics, à savoir 3 % pour le déficit public proprement dit, et 60% pour la dette publique ¹¹¹. Mais ces valeurs ne sont pas des valeurs « couperet ». En ce qui concerne le déficit public, le rapport de 3% peut être dépassé s'il a diminué « de manière substantielle et constante et (a) atteint un niveau proche de la valeur de référence », ou encore si le dépassement est exceptionnel ou temporaire, tout en restant proche de la valeur de référence. Le critère de la dette publique est plus souple encore dans la mesure où le rapport de 60 % peut être dépassé pourvu qu'il « diminue suffisamment et s'approche de la valeur de référence à un rythme satisfaisant » ¹¹². Au vu du taux d'endettement de certains États membres existant encore au cours de

¹¹⁰ . La Constitution européenne prévoit que le Conseil statue dans sa formation « réduite » aux participants (article III – 184, § 6)

¹¹¹ . Article 1 dudit protocole. Ces valeurs de référence visent, plus précisément, le rapport entre d'une part, le déficit public, ou la dette publique, et d'autre part le produit intérieur brut (PIB).

¹¹² . Article 104, § 2 du TCE.

l'année 2000, et relevé dans les grandes orientations des politiques économiques (par exemple 114, 9 % pour l'Italie, 114, 4 % pour la Belgique, 104, 4 % pour la Grèce)¹¹³, certains en sont même venus à douter que le critère de l'endettement constitue un critère pour l'adoption de la monnaie unique¹¹⁴.

- Le critère *des taux de change* se traduit par le respect des marges normales de fluctuation prévues par le SME pendant deux ans au moins, sans dévaluation de la monnaie par rapport à celle d'un autre État membre. Cette exigence, en apparence simple, combinée à l'article 3 du protocole sur les critères de convergence, a donné lieu à plusieurs problèmes d'interprétation sur lesquelles nous ne nous étendrons pas¹¹⁵. En revanche, la période des deux ans est aussi toute relative¹¹⁶. Par exemple, au moment où la Finlande a été admise, elle n'avait participé au SME que depuis un an et demi, mais il a été jugé qu'elle avait fait preuve d'une stabilité suffisante au cours de deux dernières années écoulées¹¹⁷. Pour ce qui est de la Grèce, la période de deux ans prise en compte s'achevait en mars 2000, ce qui comprenait sa participation au nouveau mécanisme de change (sur le MTC 2, v. *infra*) après la dissolution du SME. Ces développements ne sont pas anodins lorsque l'on sait que ni la Suède (qui fut exclue notamment en raison de ce critère), ni le Royaume-Uni, ne font partie du nouveau mécanisme de taux de change.

IV. Élargissement de l'Union et de la zone euro¹¹⁸

Au moment d'engager les négociations d'adhésion des dix nouveaux États membres de l'Union, il ne faisait guère de doute que la troisième phase de l'UEM, qui fait l'objet de dérogations et d'exemptions parmi les États membres actuels, relève

¹¹³ . Recommandation 00/517/CE du Conseil du 19 juin 2000 concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, *J.O.* n° L 210 du 21/08/2000, p. 1.

¹¹⁴ . V. sur ce point P-E. Partsch, précité, 1998, p. 60. Dans le même sens, v. *infra* le règlement n° 1467/97 du Conseil, dans le cadre du pacte de stabilité, qui ne prend pas en compte, pour sanctionner un État à un dépôt non productif d'intérêt, le critère de l'endettement, mais seulement celui du déficit public.

¹¹⁵ . V. P-E. Partsch, précité, 1998, pp. 61 et 62. La formule récurrente, dans la décision du 3 mai 1998, précitée, note en outre que pendant ladite période des deux ans, telle monnaie nationale n'a pas connu de tensions graves, et que l'État en question n'a pas, de sa propre initiative, dévalué le taux central bilatéral de la monnaie par rapport à la monnaie d'une autre État membre.

¹¹⁶ . Dans le même sens, B. Patterson, précité, 1997, p. 103.

¹¹⁷ . V. la décision CE 98/317 du Conseil du 3 mai 1998 précitée.

¹¹⁸ . V. aussi sur ce sujet B. Angel, M. J. Almunia, « La préparation de l'élargissement de la zone euro », *Revue du Marché commun*, 2005, p. 434.

néanmoins bien de l'acquis communautaire s'imposant aux candidats à l'adhésion. Cela ressort d'emblée des rapports de travail de la Commission concernant chacun de ceux-ci individuellement, et les précédents danois et britanniques ne semblent pas avoir donné lieu à des revendications identiques. Il en va de même concernant les actes de droit dérivé dont le champ d'application est limité aux seuls participants.

Mais cette intégration de l'acquis de l'UEM dans l'acquis de l'Union est purement formelle, du moins dans un premier temps. L'on sait en effet que les adhérents sont pareillement soumis aux critères de convergence, dont le respect ne constituait cependant pas une condition pour pouvoir adhérer à l'Union. De la sorte, pendant une période plus ou moins longue, les dix nouveaux États membres feront l'objet d'une « dérogation »¹¹⁹. Cette période dépendra du caractère plus ou moins souple et politique de l'interprétation de ces critères, en particulier pour ce qui est du critère exigeant de la participation au mécanisme de change pendant deux ans au moins (v. *supra*). Mais la durée de cette période dépendra aussi de la bonne volonté des adhérents, en témoigne le précédent suédois....

L'extension de la zone euro se fera donc de façon progressive. L'Estonie, la Lituanie et la Slovénie, qui ont rejoint le nouveau mécanisme de change (MTC 2) le 27 juin 2004, à savoir à peine deux mois après l'entrée en vigueur du traité d'adhésion, étaient en première ligne pour adopter l'Euro dès le 1er janvier 2007, ce que n'a finalement réussi que la Slovénie. Devraient suivre ensuite la Lettonie, Chypre et Malte qui ont rejoint le MTC 2 le 2 mai 2005.

Les récents élargissements de l'Union aux douze nouveaux États membres aura eu pour effet d'augmenter le nombre d'États « faisant l'objet d'une dérogation », et partant de diminuer la « masse » du groupe d'États ayant adopté la monnaie unique. Ainsi, les représentants de ces États se retrouvent dans une position minoritaire au sein du Conseil Ecofin, ce qui pourrait avoir pour effet de rehausser la position de l'*Eurogroupe*. De même, l'organe de décision provisoire qu'est le Conseil général conservera encore longtemps son utilité, et il n'est pas impossible que l'influence des

¹¹⁹. V. l'article 4 de l'Acte d'adhésion des dix nouveaux États membres : « *Chacun des nouveaux États membres participe à l'Union économique et monétaire à compter de la date d'adhésion en tant qu'État*

non participants sur la politique monétaire de l'*Eurosystème* se fasse davantage sentir
120 .

D'autres répercussions institutionnelles ont eu lieu suite au dernier élargissement, notamment la réforme du système de vote au sein du Conseil des gouverneurs (v. *infra*), ou encore l'adaptation de la composition du Comité économique et financier¹²¹ et celle du Comité de politique économique¹²².

CHAPITRE 20. — PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU CADRE CONSTITUTIONNEL DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » ET STATUT DES NON-PARTICIPANTS

Lors de la troisième phase, l'on opère ainsi une distinction entre les participants à la monnaie unique, qui forme une sorte de « coopération renforcée » dans le cadre de l'UEM, et les autres États membres non participants.

L'une des conséquences les plus remarquables, sur le plan constitutionnel, de cette différenciation parmi les États membres entre les participants et les non participants à la monnaie unique réside dans le fait qu'un certain nombre de dispositions du TCE ou des statuts du SEBC « ne s'appliquent pas »¹²³ ou « ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation »¹²⁴ aux États qui n'ont pas adopté l'euro, ou seulement à certains de ceux-ci, à savoir le Royaume-Uni et/ou le Danemark.

Il apparaît même que le statut des États qui n'ont pas adopté la monnaie unique est principalement déterminé par les dispositions qui leur sont rendues applicables.

membre faisant l'objet d'une dérogation au sens de l'article 122 du traité CE, J.O. L 236 du 23 septembre 2003.

¹²⁰ . Sur l'*Eurogroupe* et le Conseil général, v. *infra*.

¹²¹ . V. la décision 2003/476/CE qui prévoit deux formations du Comité économique et financier, dont l'une sans la présence des représentants des banques centrales nationales.

¹²² . V. la décision 2003//475/CE qui prévoit la désignation de deux représentants (et non plus quatre) des États membres, de la Commission et de la BCE.

¹²³ . Article 122, § 3 du TCE et points 5 à 8 du protocole « britannique »

¹²⁴ . Article 43 du Protocole sur les statuts du SEBC.

Ainsi, parmi ceux-ci, la Suède et la Grèce (jusqu'au 1er janvier 2001), et depuis leur adhésion à l'Union, les dix nouveaux États membres, sont des « *États membres faisant l'objet d'une dérogation* ». Ce statut dérogatoire, régi par les dispositions transitoires du TCE, est en principe temporaire bien que *de facto*, il dépende également, nous l'avons déjà évoqué, de la bonne volonté de ces États membres. Les dispositions qui leur sont rendues inapplicables ont essentiellement pour objet de transférer la souveraineté en matière de politique monétaire à la BCE, et en matière de taux de change, à la BCE et au Conseil ¹²⁵. Ce statut dérogatoire n'empêche pas que les États en question soient pareillement entrés dans la troisième phase de l'UEM et que plusieurs dispositions entrant effectivement en vigueur à ce moment les visent autant que ceux qui ont adopté l'euro ¹²⁶. C'est pourquoi ces États ont pu être justement qualifiés de « *pre-in* » ¹²⁷.

Le statut du Royaume-Uni est similaire mais différent sur plusieurs points parfois importants, à commencer par l'objectif même de la monnaie unique ¹²⁸. Plus fondamentalement, le Royaume-Uni bénéficie d'un statut d'exemption qui formellement le laisse en dehors de la troisième phase de l'UEM. Le spectre des dispositions qui lui sont rendues inapplicables est sensiblement plus large que celles visant les États faisant l'objet d'une dérogation. Il s'agit *grosso modo* des dispositions devenant applicables lors de la troisième phase, mais nous verrons qu'il ne s'agit pas nécessairement de toutes celles-ci ¹²⁹. Par ailleurs, certains aspects du statut particulier du Royaume-Uni, nous l'avons vu, se situent déjà en amont de la troisième phase. Ainsi, lors de la seconde phase, le Royaume-Uni bénéficie d'une dérogation concernant la ligne de crédit « *Ways and Means* », ainsi que le processus d'adaptation de la législation nationale, notamment pour rendre indépendante les banques centrales nationales. C'est pourquoi, le Royaume-Uni a pu être qualifié de « *out* » ¹³⁰.

¹²⁵ . En ce sens, v. C. Zilioli, et M. Selmayr, « The European Central Bank, its system and its law », (first part), *Euredia*, 1999/2, p. 224.

¹²⁶ . V. *infra*. Il n'est donc pas exact de considérer que le régime qui prévalait au cours de la seconde phase est maintenu (*contra* Ph. Vigneron, et M. R. Mollica, «La différenciation dans l'Union économique et monétaire. Dispositions juridiques et processus décisionnel», *Euredia*, 2000, p. 200.

¹²⁷ . C. Zilioli et M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, p. 135.

¹²⁸ . Protocole « britannique » , points 3 et s.

¹²⁹ . Sur ce point, v. *infra*.

¹³⁰ . C. Zilioli et M. Selmayr, précité, Hart Publishing, 2001, p. 137.

Le statut du Danemark est nettement plus ambigu et a fait l'objet de controverses dans la doctrine ¹³¹. Selon les versions linguistiques, suite à la notification de sa non participation à la troisième phase, il bénéficie d'une « exemption » (par exemple en anglais) ou d'une « dérogation » (par exemple en français). Formellement, il ne participe pas à la troisième phase de l'UEM à l'instar du Royaume-Uni, au contraire des « États faisant l'objet d'une dérogation » qui y sont entrés avec un statut « dérogatoire », ce qui pourrait le qualifier comme un second « out » ¹³².

Toutefois, le protocole danois a pour objet de calquer le statut du Danemark sur celui des États en dérogation ¹³³, à l'une ou l'autre exception près que nous avons déjà évoquée. Ainsi, le Danemark n'a pas fait l'objet d'une évaluation lors du passage à la troisième phase, et ne devait pas être pris en compte pour déterminer la majorité des États membres formant la « masse critique » qui était nécessaire pour passer à la troisième phase avant fin 1997 ¹³⁴. En outre, la procédure relative à une éventuelle adoption ultérieure de la monnaie unique ne peut être enclenchée que de sa propre initiative ¹³⁵. La décision du Conseil européen d'Édimbourg, au lendemain de l'échec du premier référendum danois sur le traité de Maastricht a également pu donner l'impression, pour les besoins politiques du moment, de rapprocher la position du Danemark de celle du Royaume-Uni ¹³⁶, sans toutefois que cette décision ne puisse en principe modifier le traité de Maastricht ¹³⁷.

¹³¹ . C. Zilioli et M. Selmayr, , précité, Hart Publishing, 2001, p. 138, en particulier la note infrapaginale n° 25.

¹³² . V. C. Zilioli et M. Selmayr, , précité, Hart Publishing, 2001, p. 137.

¹³³ . Le point 2 du protocole « danois » stipule que « cette dérogation a pour effet de rendre applicables au Danemark tous les articles et toutes les dispositions du traité et des statuts du SEBC faisant référence à une dérogation ».

¹³⁴ . Sur cette première procédure, v. *supra*, article 121 du TCE.

¹³⁵ . Protocole « danois », points 3 et 4.

¹³⁶ . Décision des chefs d'État et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du Traité sur l'Union européenne, précitée, ANNEXE I, section B, paragraphe 2 (en français) : « ... le Danemark ne participera pas à la monnaie unique, ne sera pas tenu par les règles concernant la politique économique qui s'appliquent uniquement aux États membres participant à la troisième phase de l'UEM et il conservera ses compétences actuelles dans le domaine de la politique monétaire conformément à ses lois et réglementations nationales, y compris les compétences de la Banque nationale du Danemark dans le domaine de la politique monétaire ». Paragraphe 3 : « Le Danemark participera pleinement à la deuxième phase de l'UEM... ».

¹³⁷ . A cet égard, la décision du Conseil européen répète à plusieurs endroits qu'elle est pleinement compatible avec le traité de Maastricht (qui d'ailleurs n'était pas encore entré en vigueur).

Concrètement, l'ambiguïté du statut du Danemark, ainsi que nous le verrons, pose la question de l'applicabilité au Danemark de certaines dispositions qui entrent en vigueur au début de la troisième phase, y compris à l'égard des États membres faisant l'objet d'une dérogation. Cette ambiguïté a permis, à l'examen, de qualifier le Danemark comme relevant d'un statut mixte entre un État « pre-in » et un « out »¹³⁸.

Les dispositions de droit primaire qui ne s'appliquent pas aux États membres n'ayant pas adopté la monnaie unique, ou à certains d'entre eux, connaissent donc un champ d'application « spatial » ou « territorial » différencié en vertu du TCE lui-même. Dès lors que l'espace ou le territoire dont il est question correspond à celui des États membres considérés comme parties contractantes aux traités, on parlera ici aussi de différenciation du *champ d'application « interétatique »*¹³⁹.

D'autre part, le cadre constitutionnel de l'Union subit un certain nombre d'aménagements.

Dans le cadre communautaire (au sens strict)¹⁴⁰, les aménagements institutionnels se traduisent par le fait que le droit de vote des non participants est suspendu¹⁴¹. Du moins est-ce le cas pour un nombre limité de bases juridiques dont le champ d'application « interétatique » est en principe différencié. Nous parlerons, ici aussi, de formation « réduite » du Conseil.

Dans le cadre du SEBC, ces aménagements institutionnels se traduisent par une participation réduite des banques centrales des États non participants. Ceux-ci ne prennent part au fonctionnement de la BCE que dans le cadre du Conseil général, tandis qu'ils sont exclus des organes de décision principaux que sont le Conseil des gouverneurs et le Directoire, même comme simple observateur. En général, ainsi que nous le constaterons, cette exclusion n'est pas directement liée au champ d'application interétatique des bases juridiques du SEBC.

¹³⁸ . V. C. Zilioli et M. Selmayr, précité, Hart Publishing, 2001, p. 142.

¹³⁹ . Sur cette notion, v. Chapitre 7, section II.

¹⁴⁰ . Sans que cette distinction ne préjuge de la nature plus ou moins autonome ou communautaire du SEBC ou de la BCE (v. *infra*).

¹⁴¹ . Article 122, § 5 du TCE, et protocole « britannique », point 7.

En principe, les actes adoptés par le Conseil « en formation « réduite » » ou par la BCE ne s'appliquent qu'aux États appartenant à la zone euro. Du moins, en principe, car la question du champ d'application spatial — ou plus précisément, ici aussi, du champ d'application « interétatique » — du droit dérivé relatif à l'UEM s'avère dans la pratique beaucoup plus nuancée, et pour tout dire, beaucoup plus compliquée.

Les sections suivantes auront précisément pour objet d'examiner plus en détail les aménagements constitutionnels liés à la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté l'Euro, d'abord au sein du cadre communautaire, ensuite au sein du cadre du SEBC.

TITRE III. —

AMÉNAGEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE

CHAPITRE 21. — AMÉNAGEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » AU SEIN DU CADRE COMMUNAUTAIRE

I. Différenciation du champ d'application « interétatique » de certaines dispositions du TCE et de certaines bases juridiques concernant la législation complémentaire des statuts du SEBC

A. Articles visés par l'article 122, § 3 du TCE et le point 5 du protocole « britannique »

L'article 122, § 3 du TCE désigne un certain nombre de dispositions du TCE qui ne s'appliquent pas aux « États faisant l'objet d'une dérogation », et par extension, pas au Danemark non plus. Le protocole « britannique » (point 5) désigne quant à lui un plus grand nombre de dispositions qui ne s'appliquent pas au seul Royaume-Uni, dont les mêmes que celles visées à l'article 122. Formellement, c'est à partir de la

notification de non participation que le statut d'exemption du Royaume-Uni devient effectif, et partant que certaines dispositions, pour l'essentiel (mais pas exclusivement) propres à la troisième phase, lui sont rendues inapplicables ¹⁴².

Lorsqu'on se réfère dans ces dispositions aux « États membres », il convient logiquement d'entendre les « États membres ne faisant pas l'objet d'une dérogation » ¹⁴³ (à l'exclusion donc également du Danemark), ou encore que ces références « n'incluent pas le Royaume-Uni » ¹⁴⁴. Le protocole « britannique » précise de surcroît que dans les articles visés, les références à la Communauté n'incluent pas le Royaume-Uni, et que les références aux banques centrales nationales n'incluent pas la Banque d'Angleterre.

Les dispositions du TCE inapplicables aux non participants, sans distinction, sur lesquelles nous reviendrons, sont les suivantes ¹⁴⁵:

- article 104, §§ 9 et 11 : dernières étapes de la procédure dite des déficits excessifs, conduisant à d'éventuelles sanctions;
- article 105, §§ 1, 2, 3 et 5 : objectifs et fonctions du SEBC (= art. 2 et 3 des statuts)
- article 106 : émission de pièces et billets (v. aussi art. 16 des statuts)
- article 110 : typologie normative des actes de la BCE ; sanction des entreprises (= art. 34 des statuts)
- article 111 : actes du Conseil relatifs à la politique de change externe de l'euro;
- (*article 112, § 1*) : *banques centrales nationales dont les gouverneurs composent le conseil des gouverneurs* ¹⁴⁶.
- article 112, § 2, b) : nomination du Directoire ¹⁴⁷ (= art. 11.2 des statuts)
- (*article 123, §§ 4 et 5*) ¹⁴⁸ : *fixation des taux de conversion et adoption des mesures nécessaires à l'introduction de l'euro*

¹⁴² . Protocole britannique, point 2.

¹⁴³ . Article 122, § 4 du TCE.

¹⁴⁴ . Protocole « britannique » , point 5.

¹⁴⁵ . On rappellera, en revanche, que les quelques dispositions applicables lors de la deuxième phase ne perdureront lors de la troisième phase que pour les États restant en dehors de la zone euro, à savoir celles relatives au système de concours mutuel ou de sauvegarde, notamment en cas de difficultés liées à la balance des paiements (articles 119 et 120 du TCE), ou encore le SME (article 124 du TCE).

¹⁴⁶ . L'article 112, § 1 du TCE s'applique formellement à tous les États membres (sauf au Royaume-Uni). Il ressort cependant des articles 10.1, 43.4 et 50 des statuts du SEBC qu'aucun des gouverneurs des Banques centrales des États non participants ne siège au Conseil des gouverneurs (v. *infra*).

¹⁴⁷ . V. aussi article 123, § 1 du TCE pour la nomination du premier directoire, à laquelle ne participe pas le Conseil en tant que tel, mais les gouvernements des États.

D'autres dispositions du TCE ne sont rendues inapplicables qu'au Royaume-Uni. Certaines de ces exemptions étaient déjà de mise lors de la deuxième phase. Il s'agit des articles suivants :

- article 4, § 2 : objectif de la politique monétaire et de change unique
- article 101 : financement monétaire (Ways and Means)
- article 109 : adaptation de la législation nationale aux statuts du SEBC (notamment concernant l'indépendance des banques centrales nationales) ¹⁴⁹

Les autres exemptions britanniques visent des dispositions qui ne deviennent applicables aux autres États membres (y compris les autres non participants à la monnaie unique) qu'à partir de la troisième phase :

- article 104, § 1 : obligation de résultat d'éviter les déficits excessifs
- article 105, § 4 : consultation de la BCE (= art. 4 des statuts)
- article 108 : principe d'indépendance des banques centrales
- (*article 112, § 1 : banques centrales nationales dont les gouverneurs composent le conseil des gouverneurs*)
- Article 123, §§ 4 et 5 : fixation des taux de conversion et adoption des mesures nécessaires à l'introduction de l'euro

Cette différenciation dans l'application de certaines dispositions du TCE ne doit pas en occulter d'autres qui continuent de concerner tous les États membres sans exception, et dont l'application n'est sans doute pas directement liée à la mise en oeuvre de la troisième phase de l'UEM. Il s'agit par exemple de la coordination des politiques économiques et la procédure de surveillance multilatérale, des bases juridiques fondant la législation sur l'indice des prix, ou encore Système européen des comptes.

¹⁴⁸. Cette disposition s'applique formellement à tous les États membres (sauf au Royaume-Uni), mais elle réserve aux seuls participants à la monnaie unique la participation au vote. Sur cette disposition, v. *infra*.

¹⁴⁹. L'on peut néanmoins supposer que les dispositions des statuts du SEBC qui ne s'appliquent à aucun des non participants (v. *infra*) ne s'imposent pas non plus à leur législation nationale.

B. Articles visés par l’articles 116, § 3 alinéa 2 du TCE ?

Toutefois, certains auteurs¹⁵⁰ déduisent du statut particulier reconnu au Royaume-Uni et au Danemark comme n’étant pas passé ou entré dans la troisième phase un certain nombre de dispositions supplémentaires ne s’appliquant pas à ceux-ci, mais qui s’appliqueraient bien aux États membres faisant l’objet d’une dérogation, sauf indication contraire expresse à l’article 122, § 3. Il s’agit des dispositions visées à l’article 116, § 3 alinéa 2 qui « s’appliquent à la troisième phase », à savoir :

- article 100, § 2 : assistance financière communautaire dans circonstances graves
- article 104, §§ 1, 9 et 11 : obligation de résultat d’éviter les déficits excessifs et sanctions
- article 105 : SEBC
- article 106 : émission de pièces et billets
- article 108 : principe d’indépendance des banques centrales
- article 111 : actes du Conseil relatifs à la politique de change externe de l’euro
- articles 112 et 113 : composition du Conseil des gouverneurs et du directoire et fonctionnement
- article 114, §§ 2 à 4 : comité économique et financier

On peut avoir des doutes sur l’interprétation de cet article 116, § 3 du TCE qui a davantage pour objet d’indiquer les dispositions qui deviennent applicables *au moment* du passage à la troisième phase que d’indiquer les dispositions applicables aux États membres qui *sont entrés* dans la troisième phase.

Si l’on devait néanmoins suivre cette interprétation, la situation des États membres *faisant l’objet d’une dérogation* ne serait pas changée.

La situation du Royaume-Uni ne serait pratiquement pas changée dès lors que la plupart de ces dispositions lui sont déjà rendues inapplicables dans le protocole « britannique ». Lui seraient alors rendus inapplicables, en plus, l’article 100, § 2, les articles 112, § 2, a) et 113 (dont on ne voit pas, en l’occurrence, pourquoi ils ont été

¹⁵⁰ . C. Zilioli et M. Selmayr, précité, Hart Publishing, 2001, pp. 135 à 142.

omis de la liste du point 5 du protocole « britannique »), et l'article 114 §§ 2 à 4 relatif au comité économique et financier (dont on ne verrait pas le sens de « l'inapplicabilité » au Royaume-Uni). D'ailleurs, l'article 114, § 4 s'applique au Royaume-Uni « comme s'il faisait l'objet d'une dérogation »¹⁵¹.

En revanche, la situation du Danemark se verrait davantage modifiée par rapport à son statut largement décalqué sur celui des États en dérogation. Outre la non application à son égard des articles 100, § 2, 112, § 2, a), 113, et 114 (sans correctif pour le § 4), il faudrait déduire de cette interprétation que ne s'appliqueraient pas non plus au Danemark les articles suivants¹⁵²:

- article 104, § 1 : obligation de résultat d'éviter les déficits excessifs
- article 105, § 4 : consultation de la BCE (= art. 4 des statuts)
- article 108 : principe d'indépendance des banques centrales

Dès lors que cette interprétation de l'article 116, § 3 est peu convaincante d'un point de vue textuel et donne lieu à des conséquences peu cohérentes, il nous paraît ne pas devoir la retenir¹⁵³. Si l'on doit admettre que formellement, le Danemark et le Royaume-Uni ne sont pas « entrés dans » ou « passés à » la troisième phase de l'UEM, au contraire des autres États membres, notamment ceux faisant l'objet d'une dérogation, il ne semble pas que l'on puisse en tirer des conséquences propres sur le plan juridique, si ce n'est le caractère potentiellement permanent de ce régime d'exemption.

Il en résulte que le statut du Danemark reste résolument plus proche de celui des États en dérogation que le Royaume-Uni. Il devrait notamment donc se soumettre aux trois dispositions visées-ci dessus.

¹⁵¹ . Protocole « britannique », point 6.

¹⁵² . En ce sens, C. Zilioli et M. Selmayr, précités, Hart Publishing, 2001, p. 141. Les auteurs admettent toutefois que dans la pratique législative, cette interprétation n'est pas (toujours ?) retenue (v. les exemples exposés aux notes infrapaginales n° 39 et 40, notamment à propos de décision 98/415/CE relative à la consultation de la BCE qui s'applique au Danemark comme aux autres non participants à la monnaie unique, et pas au Royaume-Uni (v. *supra*).

¹⁵³ . Un autre argument réside dans les articles 119 et 120. Ceux-ci ne sont plus applicables à partir du début de la troisième phase, sauf pour les États faisant l'objet d'une dérogation. Le protocole « britannique » (point 6) prévoit expressément que ces articles continuent aussi de s'appliquer à l'égard du Royaume-Uni. Cette précision eut été inutile si l'on avait considéré que ces articles restaient de

Enfin, force est de constater que certaines dispositions entrant effectivement en vigueur au moment du passage à la troisième phase, en l'occurrence celles visées à l'article 116, § 3 du TCE, s'adressent également au Danemark, et même au Royaume-Uni ¹⁵⁴.

C. Différenciation du champ d'application de certaines bases juridiques relatives à la législation complémentaire des statuts du SEBC

Nous verrons plus en détail, dans la section suivante consacrée aux aménagements institutionnels dans le cadre du SEBC, la variété du champ d'application des dispositions de ses statuts. Parmi celles-ci, il convient déjà de mentionner les bases juridiques qui donnent lieu à des actes du Conseil, à savoir la législation complémentaire des statuts du SEBC, conformément à la procédure de décision prévue à l'article 42 des statuts (ou son équivalent dans le TCE, l'article 107, § 6).

Cette législation est ainsi appelée à compléter un certain nombre de dispositions des statuts. Certaines sont applicables à tous les États membres sans distinction, à savoir les articles 5.4, 28.1, et 29.2 des statuts du SEBC.

D'autres sont seulement applicables aux participants à la monnaie unique, à savoir les articles 19.2, 20, 30.4 et 34.3 des statuts du SEBC. Plus précisément, elles « ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation à l'État membre concerné (non participant) » ¹⁵⁵. Nous dirons à cet égard, pour faire bref, qu'elles sont « inopérantes ».

D'autres encore s'appliquent à tous les États membres, sauf au Royaume-Uni, à savoir l'article 4 des statuts du SEBC (point 8 du protocole « britannique »)

toute façon applicables à son égard du fait que la troisième phase n'aurait pas démarré en ce qui le concerne.

¹⁵⁴. *Contra*, v. C. Zilioli et M. Selmayr qui affirment qu'aucune disposition de la troisième phase ne s'applique au Royaume-Uni, et ni même au Danemark, précité, *Euredia*, 1999/2, p. 225.

¹⁵⁵. Article 43.1 des statuts du SEBC.

Dans la suite de cette étude, on examinera en particulier sept actes du Conseil visant à compléter les articles 4, 5.4, 19.2, 28.1, 29.2, 30.4 et 34.3 des statuts, concernant respectivement la consultation de la BCE ¹⁵⁶, la collecte d'informations statistiques en général ¹⁵⁷, les réserves obligatoires ¹⁵⁸, les augmentations de capital de la BCE ¹⁵⁹, les statistiques relatives à la souscription du capital de la BCE ¹⁶⁰, les avoirs de réserve de change ¹⁶¹, et les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions ¹⁶². Tous ces actes ont été adoptés par le Conseil statuant à la majorité qualifiée ¹⁶³, dont la plupart l'ont été à la veille du début de la troisième phase, et sont entrés en vigueur le 1er janvier 1999 ¹⁶⁴.

II. Aménagements institutionnels au sein du Conseil des ministres

A. Conseil en formation « réduite » et adaptation de la définition de la majorité qualifiée

L'article 122, § 5 du TCE et le point 7 du protocole « britannique » disposent que dans les cas visés ci-dessus de dispositions du TCE rendues inapplicables aux États qui n'ont pas adopté la monnaie unique (à savoir les cas visés par l'article 122, § 3 et le point 5 du protocole « britannique »), le droit de vote de leurs représentants respectifs est « suspendu » pour les décisions ou actes adoptés au sein du Conseil.

¹⁵⁶ . Décision 98/415/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la consultation de la BCE par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation, *J.O.* n° L 189 du 3/07/1998, p. 42.

¹⁵⁷ . Règlement CE n° 2533/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne, *J.O.* n° L 318, p. 8.

¹⁵⁸ . Règlement CE n° 2531/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires par la BCE, *J.O.* n° L 318 du 27/11/1998, p. 1.

¹⁵⁹ . Règlement CE n° 1009/2000 du 8 mai 2000 relatif aux augmentations de capital de la BCE, *J.O.* L 115 du 16/5/2000, p. 1.

¹⁶⁰ . Décision 98/382/CE du Conseil du 5 juin 1998 relative aux données statistiques devant servir à déterminer la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne, *J.O.* n° L 171 du 17/06/1998, p. 33.

¹⁶¹ . Règlement n° 1010/2000 du 8 mai 2000 relatif aux appels supplémentaires d'avoirs de réserve de change par la BCE. *J.O.* L 115 du 16/5/2000, p. 1.

¹⁶² . Règlement CE n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions, *J.O.* n° L 318 du 27/11/1998, p. 4.

¹⁶³ . Soit sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la BCE, soit sur recommandation de la BCE et après consultation du Parlement européen et de la Commission.

¹⁶⁴ . Du moins pour une bonne partie des dispositions de ces actes, certaines autres entrant directement en vigueur, comme par exemple, l'article 6, § 2 du règlement n° 2532/98 (habilitation de la BCE pour adopter les modalités du règlement).

La suspension du droit de vote n'empêche pas les États membres visés de prendre pleinement part aux réunions et d'influer ainsi sur le résultat des décisions (contrairement aux décisions du Conseil des gouverneurs, v. *infra*)¹⁶⁵. Cette faculté est toutefois relativisée par la création de l'*Eurogroupe* qui rassemble de façon informelle les seuls États participants à la monnaie unique. Celui-ci ne peut adopter de décisions, contrairement au Conseil en formation « réduite » que l'on a souvent confondu avec l'*Eurogroupe*, mais il peut les préparer de façon approfondie sans subir l'influence des non participants à la monnaie unique, indépendamment de la formation du Conseil, normale ou réduite, qui sera appelée à statuer¹⁶⁶.

Il est également un autre cas où le Conseil statue en formation « réduite », lorsqu'il statue à l'unanimité « des États membres ne faisant pas l'objet d'une dérogation » pour arrêter le cadre juridique de l'Euro (sur base de l'article 123, § 5 du TCE)¹⁶⁷. Il ne semble toutefois pas que cette différence de formulation puisse remettre en cause la présence des non participants au sein du Conseil.

Le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil en formation « réduite » consiste, lorsqu'elle est prévue, en une majorité des deux tiers des voix des participants pondérée suivant la formule de l'article 205, § 2 du TCE, au lieu du seuil normal qui se situe aux environs de 71% des voix (62 voix sur 87 dans la formule précédant celle introduite par le traité de Nice)¹⁶⁸. Nous verrons que dans certains cas où le Conseil est amené à arrêter une décision concernant un État membre en particulier, il convient d'exclure, et parfois d'inclure, les voix de l'État en question.

On retrouve dès lors dans cette formule la caractéristique fondamentale d'une coopération renforcée, même si exprimée autrement. On n'y parle pas de « suspension du droit de vote », mais il est indiqué que seuls les États participant à la coopération renforcée prennent part à l'adoption des décisions, tandis que les autres sont expressément autorisés à prendre part aux délibérations. Certains ont vu dans cette différence de langage une nuance exprimant le caractère davantage temporaire de la

¹⁶⁵ . R. Smits, précité, 1997, p. 136.

¹⁶⁶ . Sur l'*Eurogroupe*, v. *infra*.

¹⁶⁷ . Sur cette disposition, v. *infra*.

¹⁶⁸ . Apparemment, la nouvelle clause dite du « filet démocratique » issue du traité de Nice (article 205, § 4 du TCE) n'est pas applicable à cet endroit.

différenciation opérée dans le cadre de l'UEM¹⁶⁹. Par ailleurs, on a vu que la formule d'adaptation du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil en formation « réduite » est différente dans le cadre du mécanisme général de la coopération renforcée. Dans le cadre de l'UEM, on avait eu le souci d'abaisser le seuil nécessaire au sein du groupe restreint des participants afin de ne pas rendre la procédure de décision plus difficile. Au contraire, le seuil nécessaire pour obtenir une majorité qualifiée au sein d'une coopération renforcée est le même que celui prévu dans la définition de cette majorité au sein du Conseil en formation pleine.

Suite à l'élargissement, seuls douze, puis treize avec la Slovaquie, des États membres sur vingt-sept prennent part au vote au sein du Conseil lorsqu'il statue en formation « réduite », ce qui pourrait rendre la présence des non participants aux délibérations de plus en plus délicate, à moins que l'*Eurogroupe* ne gagne en puissance et prépare systématiquement toutes les décisions à adopter dans ce cadre.

B. Bases juridiques visées par un vote au Conseil en « formation réduite »

Il convient d'emblée de noter que, contrairement aux dispositions du TCE rendues inapplicables aux États membres qui n'ont pas adopté la monnaie unique, la limitation du champ d'application de certaines dispositions des statuts du SEBC ne s'accompagne pas d'une suspension du droit de vote au Conseil, ce qui nous le verrons, risque de créer des problèmes d'interprétation lorsqu'elles reproduisent une disposition du TCE pour laquelle il est prévu une suspension du droit de vote.

Parmi les dispositions du TCE rendues inapplicables à certains États membres, seules quelques-unes constituent une base juridique qui habilite le Conseil à agir, en l'occurrence, en formation « restreinte ». Il s'agit des articles 104, §§ 9 et 11, 106, 111, et 112, § 2 b) du TCE. Le Conseil est également amené à agir dans une formation n'excluant que le Royaume-Uni dans un cas, à savoir celui visé par l'article 105, § 4 du TCE. Enfin, nous verrons qu'il existe encore un cas important où le Conseil statue

¹⁶⁹. En ce sens, C. Zilioli et M. Selmayr, précité, Hart Publishing, 2001, p. 146.

en formation « réduite », sans que la base juridique ne soit formellement inapplicable aux non participants (v. *infra* l'article 123 §§ 4 et 5).

Concernant la procédure des déficits excessifs, à notre connaissance, le Conseil n'a pas encore été amené à imposer des « mesures visant à la réduction du déficit excessif » (article 104, § 9) ou des sanctions plus draconiennes allant jusqu'à imposer des amendes (article 104, § 11). Seuls les participants à la monnaie unique pourraient faire l'objet de telles mesures, et eux seuls seraient en droit de participer aux procédures aboutissant à de telles mesures.

L'on observera à cet égard, lorsque un État membre participant à la monnaie unique est mis sur la sellette au cours de la procédure de « déficit excessif », qu'il se voit également exclu du processus de décision qui le vise directement (Article 104, § 13 du TCE). Cela vaut non seulement pour les §§ 9 et 11 de l'article 104, mais aussi pour un stade préalable dans la procédure de déficit excessif, lorsque le Conseil adresse à des États membre pris *ut singuli* des recommandations pour mettre un terme au déficit budgétaire, et le cas échéant, ordonne de les rendre publiques (article 104, §§ 7 et 8). Dans tous ces cas, le Conseil statue, sur recommandation de la Commission, à une majorité des deux tiers des voix de ses membres participants à la monnaie unique pondérées selon la formule habituelle, « les voix du représentant de l'État membre concerné étant exclues »¹⁷⁰. L'acte du Conseil consiste alors en une décision adressée à l'État membre en question.

Si l'on met de côté le cas visé à l'article 112, § 2 b) du TCE où le Conseil en formation « réduite » n'intervient que de façon marginale dans la procédure de nomination du directoire, en adoptant une recommandation, il reste en principe seulement deux cas où le Conseil a déjà agi dans une formation « réduite » : les relations extérieures de la « coopération renforcée » avec les États tiers, qui feront l'objet d'une section distincte¹⁷¹ et l'émission de la monnaie (article 106). Ainsi, sur

¹⁷⁰ . *Comp.* l'article 99, §§ 3 et 4 du TCE. Les recommandations adressées aux États membres dont les politiques économiques ne sont pas conformes aux grandes orientations, ainsi que le constat préalable de cette non-conformité, sont arrêtées par le Conseil (à la majorité qualifiée) en formation normale, en ce compris l'État membre mis sur la sellette. V. ci-après les recommandations adressées à l'Irlande dans le cadre des grandes orientations de politiques économiques. La Constitution opère un changement sur point, en prévoyant un vote au sein du Conseil en formation « réduite » (v. *infra*).

¹⁷¹ . Sur l'article 111 du TCE, v. *infra*.

base de l'article 106 du TCE, le Conseil a adopté le règlement n° 975/98 du 3 mai 1998 sur les valeurs unitaires et les spécifications techniques des pièces libellées en euros destinés à la circulation¹⁷².

Ceci nous amène à un dernier cas de figure, peut-être le plus significatif à ce jour, où le Conseil agit en formation « réduite ». Il s'agit d'actes ayant pour objet l'introduction de l'euro, ainsi que la fixation des taux de conversion, tant lors du passage à la troisième phase qu'au moment de la participation ultérieure d'un autre État membre, conformément à *l'article 123, §§ 4 et 5 du TCE*.

Certes, aucune « suspension du droit de vote » ou « inapplication » aux non participants n'est expressément formulée (sauf pour le Royaume-Uni). Mais l'article 123, § 4 du TCE dispose que le jour de l'entrée en vigueur de la troisième phase, le Conseil, statuant à l'unanimité des seuls États participants¹⁷³ (sur proposition de la Commission après consultation de la BCE) adopte les mesures nécessaires à l'introduction de l'euro. Le traité de Nice a introduit à cet endroit un vote à la majorité qualifiée du Conseil dans sa formation « réduite » aux participants¹⁷⁴.

Toutefois, par souci de sécurité juridique à l'égard des citoyens et entreprises de tous les États membres, le Conseil a voulu régler les aspects les plus urgents du *cadre juridique de l'euro* (continuité des contrats, remplacement de l'*ecu* par l'euro, règles de conversion et d'arrondis, etc ...) de façon anticipée, ce qu'il fit au mois de juin 1997, quitte à ce qu'une ou l'autre disposition du règlement (n° 1103/97) n'entre en vigueur qu'au 1er janvier 1999¹⁷⁵. Comme les États membres participant à la monnaie unique n'étaient alors pas encore sélectionnés, il était impossible de recourir à la procédure prévue à cet effet à l'article 123, § 4, qui exclut les non participants de la prise de décision au Conseil. C'est pourquoi l'on a eu recours à l'article 308 du TCE (ex 235, à savoir la base de compétence résiduelle dont on sait que le lien avec le

¹⁷² . *J.O.* n° L 139 du 11/05/1998. V. aussi le règlement (CE) n° 423/1999 du Conseil du 22 février 1999 modifiant le règlement (CE) n° 975/98 sur les valeurs unitaires et les spécifications techniques des pièces libellées en euros destinées à la circulation, *J.O.* n° L 052 du 27/02/1999, p. 2.

¹⁷³ . V. pour le Royaume-Uni, le protocole « britannique », point 5.

¹⁷⁴ . Ainsi, l'article 123, § 4 se réfère à l'article 122, § 5 du TCE en ce qui concerne l'adaptation du système de vote au sein du Conseil réduit.

¹⁷⁵ . Règlement CE n° 1103/97 du Conseil du 17 juin 1997 fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, précité. V. en particulier le considérant (4).

« fonctionnement du marché commun » n'est plus guère requis). Le règlement en question a été adopté à l'unanimité des Quinze États membres de l'époque, et s'applique à eux tous.

Toujours par souci de transparence, afin de donner une image complète du cadre juridique de l'euro, les « autres aspects pertinents » nécessaires ont été adoptés de façon consensuelle et publiés peu après, en annexe à une résolution du Conseil du 7 juillet 1997¹⁷⁶. Ces informations ont été officialisées par le Conseil dans un règlement (n° 974/98), agissant en formation « réduite » conformément à l'article 123, § 4 du TCE, règlement dont l'adoption a néanmoins été anticipée au 3 mai 1998¹⁷⁷, date de désignation des participants à la monnaie unique, pour entrer en vigueur, au début de la troisième phase, le 1er janvier 1999.

L'article 123, § 4 du TCE dispose également que le Conseil, statuant selon la même procédure, arrête le jour de l'entrée en vigueur de la troisième phase *les taux de conversion* auxquels leurs monnaies sont irrévocablement fixées ainsi que le taux irrévocablement fixé auquel l'euro remplace ces monnaies, lequel devient une monnaie à part entière. En réalité, les taux de conversion entre les monnaies des États participants avaient déjà été préfixés le 3 mai 1998 par référence aux cours-pivots bilatéraux en vigueur au sein du mécanisme de change européen (MTC 2)¹⁷⁸, tandis que le taux de conversion de l'euro a été arrêté le 31 décembre 1998 (règlement n° 2866/98)¹⁷⁹. L'on notera à cet égard que la valeur de l'euro est celle correspondant au panier de monnaies composant l'*écu*¹⁸⁰, y compris donc les monnaies des États n'ayant pas encore adopté l'euro.

On notera par ailleurs que c'est également sur base de l'article 122, § 4 du TCE qu'a été adopté par le Conseil en formation « réduite » un règlement concernant la

¹⁷⁶. Projet de règlement « concernant l'introduction de l'euro », annexé à la résolution 97/C 326/04 du Conseil du 7 juillet 1997 « relative au cadre juridique de l'introduction de l'euro » (*J.O.*, C 236 du 02/08/1997)

¹⁷⁷. Règlement CE n° 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro, précité.

¹⁷⁸. Communiqué commun du 3 mai 1998 des ministres et des gouverneurs des banques centrales des États membres adoptant l'euro en tant que monnaie unique, de la Commission et de l'IME sur la fixation des taux de conversion irrévocables de l'euro, *J.O.* C 160 du 27/5/1998, p. 1.

¹⁷⁹. Règlement CE n° 2866/98 du Conseil du 31 décembre 1998 concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des États membres adoptant l'euro, précité.

¹⁸⁰. Article 118 du TCE.

protection juridique de l'euro ¹⁸¹, ou encore une décision visant à établir un programme renforçant cette protection ¹⁸², actes sur lesquels nous reviendrons plus loin.

Mutatis mutandis, lorsqu'un État membre rejoint ultérieurement la zone euro, le Conseil (sur proposition de la Commission, et après consultation de la BCE) statuant à l'unanimité *des participants et de l'État adhérent à la monnaie unique*, fixe le taux de conversion et décide des autres mesures nécessaires à l'introduction de l'euro dans l'État membre en question, conformément *à l'article 123, § 5 du TCE*. Ainsi, lorsqu'il a été mis fin au statut dérogatoire de la Grèce, le Conseil, statuant dans la formation spéciale indiquée ci-dessus, a adopté le règlement (n° 1478/2000) du 19 juin 2000 modifiant le règlement (n° 2866/98) concernant les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des États membres adoptant l'euro », afin de fixer le taux de conversion de la drachme. Il a également établi, le 27 novembre 2000, les règlements (n° 2595/2000) et (n° 2596/2000) modifiant respectivement les règlements n° 1103/97 et n° 974/98 relatifs au cadre juridique de l'euro ¹⁸³.

L'on rappellera en revanche que les décisions du Conseil visant à abroger les dérogations, autorisant de la sorte la participation ultérieure d'autres États membres, tout comme celle désignant la première vague des participants à la monnaie unique, sont arrêtées (à la majorité qualifiée) dans sa formation pleine. Cette procédure contraste avec le mécanisme général de la coopération renforcée, ou celui de la coopération structurée permanente en matière de défense, qui excluent les non participants de la procédure de vote relative à la participation ultérieure. On verra cependant que le traité constitutionnel signé le 29 octobre 2004 a apporté un changement à cette procédure, de sorte que le Conseil statue sur une recommandation adoptée par le Conseil en formation « réduite ».

¹⁸¹ . Règlement CE n° 1338/2001 du Conseil du 28 juin 2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage, *J.O.* L 181 du 4.7.2001, p. 6.

¹⁸² . Décision 2001/923/CE du Conseil du 17 décembre 2001 établissant un programme d'action en matière d'échanges, d'assistance et de formation, pour la protection de l'euro contre le faux monnayage (programme "Pericles"), *J.O.* n° L 339 du 21/12/2001 p. 50

¹⁸³ . Tous ces règlements de l'année 2000 ont été déjà évoqués et précités dans la section relative à la participation ultérieure.

C. Controverses sur la formation « réduite » ou normale du Conseil dans l'adoption de la législation complémentaire des statuts du SEBC

Certaines des bases juridiques qui, en vertu de l'article 122, § 3 du TCE ou du protocole « britannique » (points 5 et 7), devraient faire l'objet d'un vote au sein du Conseil en formation « réduite » posent une difficulté d'interprétation lorsque ces bases prévoient également, dans leur propre dispositif, le recours à une autre procédure de décision qui implique au contraire le Conseil dans sa formation pleine. Ainsi, les articles 105, § 4¹⁸⁴ et 110, § 3 du TCE se réfèrent à la procédure définie à l'article 107, § 6 du TCE, à savoir la procédure prévue pour compléter les statuts du SEBC qui implique le Conseil dans sa formation pleine, statuant à la majorité qualifiée. Ces dispositions sont également reproduites dans les statuts. On observera à cet égard, ce qui ajoute à la complexité de la question, que les articles 4 et 34.3 des statuts, qui reproduisent respectivement les articles 105, § 4 et 110, § 3 du TCE en question, et qui se réfèrent à l'article 42 des statuts (l'équivalent de l'article 107, § 6), ne sont quant à eux pas visés par une disposition similaire à l'article 122, § 3 ou au protocole britannique prévoyant une suspension du droit de vote. En effet, la limitation du champ d'application interétatique de certaines des dispositions des statuts ne s'accompagne jamais d'une suspension du droit de vote au Conseil, nous l'avons déjà souligné.

Dans le même ordre d'idée, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'un cas de législation complémentaire des statuts, l'article 106, § 2, également visé par l'article 122, § 3, prévoit le recours, non à l'article 107, § 6, mais à la procédure normale dite de coopération¹⁸⁵.

Dans un cas longuement rapporté par Ph. Vigneron et R. Mollica, la controverse s'est avérée très vive¹⁸⁶. Il s'agit de la procédure qui a donné lieu à l'adoption du règlement n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la BCE en matières de sanctions, adopté sur base de *l'article 110, § 3* du TCE (et son équivalent dans les statuts, l'article 34.3), ainsi qu'à l'adoption d'un autre règlement,

¹⁸⁴ . L'article 105, § 4 est seulement visé par le protocole « britannique ».

¹⁸⁵ . Article 252 du TCE.

¹⁸⁶ . Ph. Vigneron et R. Mollica, précité, *Euredia*, 2000, pp. 219 à 227.

le même jour, portant le n° 2531/98 et concernant l'application de réserves obligatoires par la BCE. Curieusement, le problème ne s'est pas posé — ou n'avait-il pas été vu ? — dans des cas antérieurs, et pourtant similaires.

1. Règlement n° 2532/98 du Conseil concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions¹⁸⁷

La proposition de règlement présentée par la BCE¹⁸⁸ ne posait guère de problème sur le fond, y compris le principe d'inapplication des pouvoirs de sanction de la BCE à l'égard des États non participants à la monnaie unique. Mais elle soulevait une question de principe, à savoir l'exclusion ou l'intégration des non participants à la monnaie unique, et en particulier du Royaume-Uni, dans le processus de décision du Conseil.

Les États qui n'ont pas adopté la monnaie unique, emmenés par le Royaume-Uni, se fondant sur la procédure prévue aux articles 107, § 6 (et son équivalent dans les statuts, l'article 42), soutenaient que le Conseil devait statuer dans sa formation pleine, tout en soulignant que l'acte en question ne devrait pas leur être applicable et que cela devait être indiqué dans la clause finale. La justification implicite était que la disposition de base qui était complétée, à savoir l'article 34.3 des statuts, était « inopérant » à leur égard¹⁸⁹.

La plupart des autres États, se fondant principalement sur l'article 110, § 3 tel que visé par l'article 122, §§ 3 et 5 du TCE et les points 5 et 7 du protocole « britannique », soutenaient la thèse inverse, à savoir la formation « réduite » du Conseil. Ph. Vigneron et R. Mollica justifient cette position par une interprétation téléologique et systématique assez convaincante des traités qui donne la prééminence à l'article 122 du TCE compte tenu de son caractère transitoire, à la procédure prévue à l'article 107, § 6 qui ne trouverait à s'appliquer, dans ce cas, qu'à partir du jour où la situation transitoire liée à la non participation de certains États membres aura

¹⁸⁷ . Règlement du 23 novembre 1998, précité.

¹⁸⁸ . Recommandation 98/C 246/07 du 7 juillet 1998 de la BCE, *J.O.*, C 246 du 06/08/1998.

¹⁸⁹ . Pour rappel, l'article 43.1 prévoit que certaines dispositions des statuts, dont l'article 34 des statuts, ne confèrent aucun droit et n'impose aucune obligation à l'État membre concerné. V. aussi le point 8 du protocole « britannique » qui utilise l'expression « ne s'applique pas ».

disparu ¹⁹⁰. A cet argument, l'on devra ajouter qu'une certaine prééminence devrait alors aussi être reconnue aux dispositions du TCE sur celles reproduites dans les statuts, dès lors que la lecture seule de ces statuts, qui certes prévoit le caractère « inopérant » de l'article 34.3 des statuts à l'égard des non participants, ne prévoit pas de suspension du droit de vote.

D'autres auteurs, tels que C. Zilioli et M. Selmayr, ont pris un position inverse, en soutenant l'argumentation britannique ¹⁹¹. L'on peut certes être sensible à l'argument selon lequel c'est davantage le souci de préserver un socle largement commun à tous les États membres qu'une logique de différenciation qui est à la base du dispositif relatif à l'UEM, en particulier pour les actes de nature quasi-constitutionnelle tels que la législation complémentaire aux statuts du SEBC, ou encore les amendements à ces statuts ¹⁹². Il n'en demeure pas moins que ne pas admettre la suspension du droit de vote des non participants dans le cas considéré reviendrait à nier tout effet utile de la référence, dans l'article 122, § 3 combiné avec le § 5, à l'article 110 du TCE.

Pour finir, il semble que les non-participants à la monnaie unique aient accepté que ce règlement soit adopté à l'unanimité « *des voix des États ayant adopté l'euro* » ¹⁹³, tandis que le préambule a ajouté une référence à l'article 122, § 5 (ancien article 100 K) et au point 7 du protocole « britannique ». Toutefois, le Royaume-Uni d'une part, et la plupart des États membres de la zone euro d'autre part, ont fait ajouter au procès verbal relatif au règlement en question, un an après son adoption, une déclaration interprétative réitérant leur position respective ¹⁹⁴. Quant au champ d'application du règlement, il est directement applicable dans tout État membre, mais le considérant n° 1 indique, en se fondant sur l'article 34.3 et en paraphrasant l'article 43.1 des statuts, qu'il « ne confère aucun droit et n'impose aucune obligation à un État membre non participant ». La formule est intéressante en ce qu'elle déduit du caractère

¹⁹⁰ . En revanche, on notera que le protocole britannique n'a pas autant ce caractère transitoire, de sorte que le conflit de procédure est plus « frontal ». Mais si l'on reconnaît la suspension du droit de vote des États en dérogation, il devrait en aller de même *a fortiori* pour le Royaume-Uni.

¹⁹¹ . C. Zilioli et M. Selmayr, précités, Hart Publishing, 2001, pp. 147 et 148. Dans ce sens, v. aussi J.V. Louis.

¹⁹² . Article 107, § 5 du TCE et article 41 des statuts.

¹⁹³ . Ph. Vigneron et R. Mollica, précités, *Euredia*, 2000, p. 225.

¹⁹⁴ . *Addendum* révisé au projet de procès-verbal de la 2136e session du Conseil (questions économiques et financières) tenue à Bruxelles, le 23 novembre 1998, point 3, 5ième et 6ième déclarations, cité par Ph. Vigneron et R. Mollica, précités, *Euredia*, 2000, p. 225.

« inopérant » de l'article 34.3 des statuts à l'égard des non participants le même caractère « inopérant » de ces actes, plutôt que de se fonder sur l'article 122, § 5, à savoir le fait de la suspension du droit de vote des non participants.

2. Règlement n° 2531/98 concernant l'application de réserves obligatoires par la BCE (et Règlement n° 1010/2000 relatif aux appels supplémentaires d'avoirs de réserve de change)

La même problématique s'est présentée pour l'adoption d'un autre règlement, le même jour, portant le n° 2531/98 et concernant l'application de réserves obligatoires par la BCE ¹⁹⁵. Apparemment, la procédure se serait résolue de la même façon, avec les mêmes formules et les mêmes déclarations interprétatives ¹⁹⁶. A l'examen, toutefois, la situation se présente différemment. En effet, l'article 19.2 des statuts sur lequel se base le règlement qui le complète, « ne confère pas de droit et n'impose aucune obligation » aux non participants, ou n'est « pas applicable » au Royaume-Uni, à l'instar de l'article 34.3 des statuts. Mais il ne fait pas l'objet d'une disposition équivalente dans le TCE ; il n'y a donc pas de disposition équivalente à propos de laquelle la suspension du droit de vote des non participants aurait été prévue.

Si donc le règlement n° 2531/98 concernant l'application de réserves obligatoires a réellement été adopté en excluant le droit de vote des non participants, à l'instar du règlement n° 2532/98 concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanction, on pourrait se demander sur quelle base ? A cet égard, le préambule du règlement et son considérant n°1 ne font allusion qu'à l'article 43.1 des statuts du SEBC et au point 8 du protocole « britannique » qui rendent « inopérant » l'article 19.2 à l'égard des non participants. En d'autres mots, la suspension du droit de vote éventuelle ne pourrait alors se fonder que sur la différenciation du champ d'application interétatique de l'article 19.2., ce qui serait peu conforme à la lettre et à l'esprit des statuts du SEBC. Quoiqu'il en soit, rien n'apparaît dans le règlement ultérieur qui ait modifié le règlement n° 2531/98 attestant d'une suspension du droit de vote ¹⁹⁷.

¹⁹⁵ . Règlement CE n° 2531/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires par la BCE, *J.O.* n° L 318 du 27/11/1998, p. 1.

¹⁹⁶ . Ph. Vigneron et R. Mollica, précité, *Euredia*, 2000, note infrapaginale n°38.

¹⁹⁷ . Règlement CE n° 134/2002 du Conseil du 22 janvier 2002 modifiant le règlement CE n° 2531 concernant l'application de réserves obligatoires par la BCE, *J.O.* L 24 du 26.01 2002, p. 1.

La même interrogation se pose à propos du règlement n° 1010/2000 du 8 mai 2000 relatif aux appels supplémentaires d'avoirs de réserve de change par la BCE¹⁹⁸. Ce règlement est basé sur l'article 30.4 des statuts qui est rendu inapplicable au Royaume-Uni¹⁹⁹ et « inopérant » à l'égard des autres États non participants²⁰⁰. A la lecture du préambule qui se réfère à la procédure de l'article 107, § 6 « *compte tenu des conditions énoncées à l'article 122, § 5 du TCE et au point 7 du protocole 'britannique'* », il semble que le droit de vote des non participants ait été suspendu. Pourtant, ni l'article 30.4 des statuts, ni une autre disposition équivalente dans le TCE, n'est visée par une de ces deux dispositions qui prévoient la suspension du droit de vote.

A la réflexion, on pourra se demander si ces deux règlements ne sont pas des cas isolés, pour ne pas dire des erreurs isolées. Le premier aura été adopté hâtivement, dans la foulée et sur le modèle du règlement n° 2532/98 concernant les pouvoirs de sanction. Tandis que le second se sera sans doute inspiré par analogie du premier, nonobstant l'absence de connexité des questions en présence.

Autrement, ces deux règlements pourraient constituer des précédents importants justifiant d'une manière générale la suspension du droit de vote chaque fois qu'une base juridique des statuts ne serait pas applicable à un État membre ou qu'elle serait « inopérante » à son égard.

3. *Précédents similaires sans controverse (inaperçus ?) : décision 98/415/CE et règlement n° 975/98*

On mentionnera, par contraste, deux autres actes qui ont été adoptés quelques mois précédant l'adoption des deux règlements n° 2531/98 et 2532/98 analysés ci-dessus, et qui pourtant n'ont apparemment donné lieu à aucune contestation, alors que le cas de figure était semblable.

¹⁹⁸ . Précité.

¹⁹⁹ . Point 8 du protocole « britannique »

²⁰⁰ . Article 43.1 des statuts du SEBC.

Il en va par exemple ainsi de la décision **98/415/CE** du Conseil relative à la consultation de la BCE par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation ²⁰¹. Elle a été adoptée par le Conseil dans sa formation pleine, conformément à l'article 4 des statuts et l'article 105, § 4 du TCE (son équivalent) qui se réfèrent respectivement la procédure prévue à l'article 42 des statuts et à l'article 107, § 6 du TCE. Pourtant, l'article 105, § 4, n'est pas applicable aux Royaume-Uni (au contraire des autres non participants). Suivant l'argumentation dominante relative aux deux règlements évoqués ci-dessus, il aurait pu être mis en oeuvre par une formation du Conseil suspendant le droit de vote de cet État, conformément aux points 5 et 7 du protocole « britannique ».

De même, le règlement **n° 975/98** du Conseil sur les valeurs unitaires et les spécifications techniques des pièces libellées en euros destinées à la circulation a été adopté conformément à l'article 106, § 2 du TCE en suivant la procédure de décision qui implique « la coopération » du Parlement européen ²⁰². C'est du moins ce qu'il ressort du préambule dudit règlement, qui ne fait par ailleurs aucune référence à l'article 122, § 3 du TCE ni au protocole « britannique ». Pourtant, l'article 106, § 2 est bien visé par ces dispositions, de sorte que la suspension du droit de vote des non participants, si elle n'a pas été de mise, aurait ici aussi déjà pu être envisagée. Seule la clause finale de ce règlement, concernant son champ d'application, fait allusion à l'existence d'un régime distinct pour les non participants (v. *infra*). Par contraste, nous avons vu que le règlement n° 974/98, qui fait la même allusion dans sa clause finale, a été adopté en formation « réduite ».

III. Champ d'application « interétatique » des actes du Conseil adoptés dans la cadre de la troisième phase de l'UEM

La question du champ d'application spatial — ou plutôt, « interétatique » pour reprendre le qualificatif retenu à propos du champ d'application des bases juridiques — des actes adoptés par le Conseil dans le cadre de la troisième phase de l'UEM s'est avérée une des plus confuses qui soit, dès lors qu'elle n'est pas réglée par le traité. Du

²⁰¹ . Décision du 29 juin 1998, précitée.

²⁰² . Règlement du 3 mai 1998, précité. Il en va de même pour le règlement n° 423/1999 du Conseil du 22 février 1999, modifiant le règlement n° 975/98 précité, *J.O.* n° L 052 du 27/02/1999, p. 2

moins la question se pose-t-elle lorsqu'il s'agit d'actes de portée générale, au contraire des actes individuels qui, tout en relevant du droit communautaire, visent distinctement un État membre destinataire ²⁰³.

Certes l'article 249, § 2 du TCE pose la règle générale que les règlements « *sont directement applicables dans tout État membre* », conformément au principe d'unité du droit communautaire. Cependant, cette disposition n'a pas été prévue à l'origine pour déterminer le champ d'application des règlements. A tout le moins, elle ne prend pas en compte, dans le cadre de la troisième phase de l'UEM, la différenciation opérée parmi les États membres entre ceux qui ont adopté la monnaie unique et les autres (hormis certains actes qui continuent de s'appliquer à tous les États membres sans distinction). L'incertitude juridique contraste, à cet égard, avec le dispositif relatif au mécanisme général de la coopération renforcée qui se caractérise précisément par le principe selon lequel les règles adoptées au sein de celle-ci par le Conseil en formation « réduite » sont inapplicables aux non participants ²⁰⁴.

C'est pourquoi, dans le cadre de l'UEM, la question du champ d'application des actes tend à être abordée au cas par cas, de façon empirique et pragmatique. La pratique législative nous révèle en effet que c'est souvent le contenu même des règles qui fait apparaître un tel champ d'application, ou encore qui prévoit un régime spécifique pour certains États membre déterminés. On parlera à cet égard de différenciation interétatique « matérielle » *du champ d'application* des actes en question dans le premier cas, et de différenciation interétatique « matérielle » *du dispositif* des ces actes.

A cet égard, J.V. Louis se réfère, quant à lui, au concept de différenciation du domaine d'application matérielle qu'il oppose à celui de différenciation du domaine d'application territoriale ²⁰⁵. Selon nous, la notion de « domaine » ou de champ d'application matérielle est peu appropriée dans ce contexte, dès lors qu'il s'agit dans

²⁰³. V. par exemple les diverses mesures prises au cours de la procédure des déficits excessifs, ou encore les décisions du Conseil adressées à la France ou au Portugal en matière de questions de change avec le franc CFA/comorien, et l'escudo capverdien. Sur ces mesures, v. *infra*.

²⁰⁴. Article 44, § 2 du TCE.

²⁰⁵. J.V. Louis, « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », 35 CML Rev., 1998, p. 66, et « The New Monetary Law of the European Union », in M. Giovanoli, *International Monetary Law, Issues for the New Millenium*, Oxford University Press, 2000, p. 158).

tous les cas d'une différenciation davantage fondée sur un critère spatial ou territorial, que nous estimons plus précis de qualifier d' « interétatique ». Cependant l'idée est la même que notre concept de « différenciation matérielle » du champ d'application interétatique, et plus proche encore de celui de différenciation matérielle du dispositif des actes. Dans la même veine, M. Selmayr et C. Zilioli soutiennent que toute la législation en matière d'UEM est applicable *dans* tous les États membres, tandis que les « effets matériels » (« *substantive effects* ») pourraient dans certains cas ne pas s'appliquer à certains de ceux-ci ²⁰⁶.

Il reste que le TCE, s'il est muet sur le champ d'application des actes adoptés lors de la troisième phase de l'UEM, contient d'autres aménagements constitutionnels liés à la différenciation interétatique qui ne sont pas étrangers à la problématique du champ d'application des actes. Il s'agit précisément, d'une part du champ d'application des bases juridiques qui fondent les actes en question, et d'autre part de la formation du Conseil, pleine ou « réduite » qui adopte ces actes. L'on observera avec intérêt que la pratique législative, au delà de la technique « différenciation matérielle », tend également à se fonder sur ces éléments de différenciation constitutionnelle pour donner une apparence de *différenciation « formelle »* du champ d'application des actes, quitte à donner lieu à une certaine redondance avec la différenciation « matérielle ».

Cette tendance à la formalisation de la différenciation du champ d'application des actes, c'est à dire par référence à des éléments relevant du traité qui concernent leur mode de création, apparaît souvent dans le préambule de ces actes, et surtout dans leur clause finale. Nous examinerons l'évolution de cette tendance, qui caractérise davantage le volet monétaire de l'UEM, et la redondance éventuelle avec la différenciation matérielle opérée au sein des mêmes actes.

La raison principale de la controverse sur ce sujet touche à la nature du droit adopté dans le cadre de l'UEM lorsque les actes en question seraient formellement inapplicables à certains États membres. D'aucuns craignent en effet que qualifiés de la sorte, ces actes ne relèveraient plus de l'acquis communautaire, ou tout simplement

²⁰⁶ . C. Zilioli et M. Selmayr, précité, Hart Publishing, 2001, pp. 153 et 154.

du droit communautaire, et qu'ainsi, ils pourraient par exemple échapper au mécanisme préjudiciel dans les États non participants (v. *infra* la synthèse). Nous défendrons la thèse selon laquelle un règle de droit communautaire peut connaître un champ d'application « interétatique » différencié, même si celui-ci trouve son fondement plus ou moins directement dans le traité, et que de la sorte, c'est le règlement en tant que tel, dans sa « forme », et pas seulement dans son contenu, qui ne s'applique pas à l'un ou l'autre État membre.

Avant d'examiner dans le détail cette dialectique entre différenciation matérielle et différenciation formelle du champ d'application des actes, nous nous pencherons sur une facette particulière déjà évoquée de la technique de différenciation matérielle des actes du Conseil, à savoir la différenciation matérielle du *dispositif*. Il s'agit de cas où les actes ne procèdent pas, dans leur contenu, à une différenciation du champ d'application interétatique à proprement parler, par hypothèse en rendant un règlement applicable aux seuls États membres participants à la monnaie unique. Les actes en question sont applicables à tous les États membres, aussi bien d'un point de vue formel que matériel, mais ils prévoient en leur sein des régimes partiellement distincts en fonction de la participation ou non à la monnaie unique.

On analysera à cet égard les grandes orientations des politiques économiques et les règlements constitutifs du pacte de stabilité, lesquelles d'ailleurs préexistaient à la troisième phase. L'on constatera cependant que cette technique de différenciation matérielle du *dispositif* n'est pas absente de la pratique législative ultérieure du Conseil dans la dimension monétaire de l'UEM.

A. Différenciation matérielle du *dispositif* des actes du Conseil

1. Le pacte de stabilité et de croissance

Lors de la troisième phase, la procédure de coordination économique et de surveillance multilatérale continue de s'appliquer, conformément à l'article 99 du TCE. En outre, nous l'avons évoqué, la procédure dite « des déficits publics » prévue à l'article 104 du TCE s'applique à partir de ce moment dans sa totalité, en ce compris

donc les dernières étapes conduisant à d'éventuelles amendes, lesquelles ne s'appliquent cependant qu'aux États participant à la troisième phase de l'UEM²⁰⁷.

D'aucuns craignant que la discipline budgétaire ne souffre de quelque relâchement lorsque la participation irréversible à la monnaie unique sera acquise, les États membres ont conclu un « pacte de stabilité et de croissance ». Lors des préparatifs, il fut question que celui-ci prenne la forme d'un amendement au traité de Maastricht, ou encore d'un accord international créant un « Conseil de stabilité » en dehors du cadre de l'Union, éventuellement conclu par les seuls participants à la monnaie unique. En effet, le « plan Waigel » (novembre 1995) prévoyait notamment un système de sanction automatique en cas de dépassement de la norme de 3% de déficit budgétaire. Ce système s'avérait incompatible avec la procédure « des déficits excessifs » présentée à l'article 104 du TCE : celle-ci est en effet plus flexible et confère davantage de marge d'appréciation dans le chef du Conseil ou de la Commission, y compris la possibilité de se défendre pour un État mis sur la sellette²⁰⁸.

Le compromis final fût d'incorporer le pacte de stabilité dans une résolution du Conseil européen d'Amsterdam²⁰⁹, suivie de deux règlements communautaires²¹⁰. La résolution entend « fournir des orientations politiques fermes » à l'intention des États membres, de la Commission, et du Conseil pour une mise en œuvre rigoureuse et rapide du traité, ainsi que du pacte de stabilité lui-même. Certaines orientations semblent aller quelque peu au-delà du traité²¹¹, tandis que le Conseil est invité à exécuter systématiquement les différentes étapes de la procédure concernant les déficits excessifs, en particulier l'imposition de sanctions, de sorte qu'on a pu parler

²⁰⁷. Article 104, §§ 9 et 11 – v. *supra*.

²⁰⁸. Hahn, H., « The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty », *CML Rev.*, 1998, pp. 80 et s.

²⁰⁹. Résolution du Conseil Européen relative au pacte de stabilité et de croissance, Amsterdam, le 17 juin 1997, *J.O. C 236 du 2/08/97*, p. 1, point IV. V. aussi la Résolution du Conseil européen sur la croissance et l'emploi, Amsterdam le 16 juin 1997, *J.O. n° C 236 du 2/08/1997*, p. 3, laquelle établit un lien entre le renforcement de la coordination des politiques économiques et la politique de l'emploi, et qui vise tous les États membres de la même façon.

²¹⁰. Règlement CE n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *J.O. n° L 209 du 2/08/1997*, p. 1. Règlement CE n° 1467/97 du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en oeuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *J.O. n° L 209, du 2/08/1997*, p. 6.

²¹¹. Comme par exemple l'invitation aux États membres de rendre publiques les recommandations qui les visent. V. aussi sur ce point, Louis, *CML Rev.*, 1998, p. 72.

d'imposition « quasi-automatique »²¹². Le pouvoir discrétionnaire de la Commission apparaît également quelque peu limité.

Les deux règlements trouvent leur fondement dans le traité. Bien que formellement applicables « dans tout État membre », ils formulent des obligations différentes aux États membres selon qu'ils seront sélectionnés ou non pour prendre part à la troisième phase de l'UEM. Ces deux règlements constituent dès lors un premier exemple de différenciation matérielle du dispositif des actes du Conseil.

Le premier règlement (n° 1466/97) est adopté au titre des modalités de la procédure de surveillance multilatérale, sur base de l'article 99, § 5 du TCE. Il s'efforce de renforcer la surveillance et la coordination des politiques économiques, ainsi que de renforcer la surveillance des positions budgétaires en instaurant un système d'alerte rapide. A cette fin, le règlement prévoit que les informations nécessaires soient transmises par les États membres à la Commission²¹³, sous forme de *programmes de stabilité* pour les participants à la monnaie unique, ou de *programmes de convergence* pour les non participants. Les informations que doivent contenir ces programmes et les modalités d'examen du Conseil sont fondamentalement les mêmes. Mais, dans la mesure où les non participants conservent leur compétence en matière de politique monétaire, ils sont tenus à des exigences supplémentaires. Ainsi, les programmes de convergence doivent indiquer les objectifs à moyen terme de la politique monétaire, ainsi que les relations entre ces objectifs et la stabilité des prix et des taux de change²¹⁴. En outre, le Conseil vérifie si les politiques des non participants sont axées sur la stabilité et visent à éviter les distorsions des taux de change réels et les fluctuations excessives des taux de change nominaux²¹⁵. Le dispositif matériel du règlement n'est donc pas tout à fait uniforme.

Le second règlement (n° 1467/97) cherche à accélérer et à clarifier la procédure des déficits excessifs afin de prévenir leur apparition, et le cas échéant, d'encourager leur correction rapide. Adopté sur base de l'article 104, § 14, deuxième alinéa, ce

²¹². H.J. Hahn, *CMLRev* 1998, p. 87.

²¹³. Article 99, § 3 du TCE.

²¹⁴. Article 7, § 2, a) du règlement n° 1466/97 précité. Selon les mots de J.V. Louis, ces exigences reflètent les craintes de dévaluation compétitive, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 53.

règlement ne se contente pas de « remplacer » les dispositions du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs qui se résume pour l'essentiel à préciser les valeurs de référence ou quelques définitions. Comme l'indique le premier considérant, le règlement et le protocole constituent « un nouvel ensemble intégré de règles pour l'application de l'article 104 du TCE »²¹⁶. Cet ensemble intégré s'applique en principe à tous les États membres, mais la partie la plus significative du règlement relative aux sanctions éventuelles ne concerne que les participants à la monnaie unique, conformément aux §§ 9 et 11 de l'article 104. C'est à cet endroit que réside la différenciation matérielle du dispositif du règlement.

Pour le reste, ainsi que le rappelle le considérant (7) du règlement n° 1467/97, tous les États membres ont souscrit à l'objectif à moyen terme d'une position budgétaire proche de l'équilibre ou excédentaire, laquelle contribue à la création des conditions appropriées pour la stabilité des prix et une croissance soutenue génératrice d'emplois dans *tous* les États membres. C'est pourquoi la précision, dans le règlement, des délais régissant les diverses phases (antérieures) de la procédure ainsi que la notion de dépassement exceptionnel et temporaire du seuil des 3% s'adressent à tous les États

²¹⁷.

Par après, le pacte de stabilité et de croissance a été quelque peu renforcé ou précisé dans une déclaration du Conseil Ecofin, quelques jours avant la désignation des États participants à la troisième phase²¹⁸. On y indique pour la première fois que les États participant à la zone euro se réuniront de façon informelle pour y mener une surveillance plus étroite de la situation économique et budgétaire (sur l'*Eurogroupe*, v. *infra*).

²¹⁵. Article 10, § 1 du règlement n° 1466/97 précité.

²¹⁶. A ne pas confondre avec le règlement CE n° 3605/93 « relatif à l'application du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs annexé au TCE », arrêté sur base de l'article 104, § 14, troisième alinéa du TCE, lequel s'applique à tous les États membres sans distinction (v. *supra*).

²¹⁷. V. cependant l'annexe au règlement qui prévoit des dispositions particulières pour le Royaume-Uni afin de prendre en compte les particularités de l'exercice budgétaire dans cet État, notamment en ce qui concerne les délais.

²¹⁸. Déclaration du Conseil 'Ecofin' et des ministres réunis au sein de ce Conseil du 1er mai 1998, *J.O.* n° L 139 du 11/05/1998, p. 28.

En juin 2005, le pacte a fait l'objet d'une réforme plus profonde, qui implique une modification des deux règlements évoqués ci-dessus ²¹⁹. Cette réforme se caractérise pour l'essentiel par la prise en compte de l'hétérogénéité économique croissante au sein de l'Union, de sorte que l'objectif à moyen terme devrait être « différencié » selon les États membres, et pourrait s'écarter de la position budgétaire « *proche de l'équilibre et excédentaires* », selon les cas ²²⁰. En d'autres mots, il s'agit d'une différenciation individuelle, prenant en compte les circonstances particulières à chaque État membre, qui rend le pacte plus flexible dans sa mise en œuvre. Pour le reste, la distinction entre les programmes de stabilité pour les participants à la monnaie unique, et les programmes de convergence pour les non participants, est maintenue. Outre la petite différence de régime évoquée ci-dessus, qui subsiste entre ces deux types de programme, on en notera une autre, à l'article 9 du règlement n° 1466/97 tel que modifié par le règlement du 27 juin 2005. Ainsi, seuls les États n'ayant pas adopté la monnaie unique qui prennent part au MTC 2, à l'instar des États relevant de la zone euro ²²¹, doivent procéder « *à l'amélioration annuelle de (leur) solde budgétaire corrigé des variations conjoncturelles, déduction faite des mesures ponctuelles et autres mesures temporaires, de 0,5% du PIB en tant que référence, requise pour atteindre (leur) objectif budgétaire à moyen terme* », ce qui doit être examiné par le Conseil lorsqu'il évalue la trajectoire d'ajustement qui doit conduire à la réalisation de cet objectif. Les autres États membres hors de la zone euro en sont donc exempts.

2. Les grandes orientations des politiques économiques

La procédure de coordination des politiques économiques est entrée en vigueur avec le traité de Maastricht, et se poursuit pendant la troisième phase. Elle est cadencée annuellement par la fixation de grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (article 99, § 2 du TCE). Ces grandes orientations prennent la forme d'une recommandation adoptée par le Conseil, lequel

²¹⁹ . Sur cette question, v. J.V. Louis, *The Review of the Stability and Growth Pact*, *CML Rev.*, 2006.

²²⁰ . V. le considérant n° 5 du règlement n° 1055/2005 du Conseil du 27 juin 2005 modifiant le règlement n° 1466/97 précité, *J.O. L 174 du 7/7/2006*, p. 1. Le règlement n° 1467/97 précité a également été modifié par le règlement n° 1056/2005 du Conseil du 27 juin 2005, *J.O. L 174 du 7/7/2006*, p. 5.

²²¹ . *Comp.* l'article 5, paragraphe 1, alinéa 2 du règlement précité tel que modifié le règlement précité du 27 juin 2005.

statue dans sa formation pleine à la majorité qualifiée. Elles se penchent particulièrement, mais pas exclusivement, sur les aspects économique liés aux critères de convergence. Les orientations abordent également d'autres thèmes, tels que la promotion de la compétitivité et d'une croissance durable, l'emploi et le marché du travail, ou encore un meilleur fonctionnement des marchés des produits et des services.

La première recommandation du Conseil concernant les grandes orientations des politiques économiques date du 22 décembre 1993 ²²². Depuis 1998, voire 1997, l'examen de la situation individuelle de chaque État membre s'est approfondi, et les recommandations se font de plus en plus spécifiques, en fonction des particularités propres à chacun d'entre eux. En outre, les recommandations tendent à mettre en évidence la distinction entre les États participants et non participants à la monnaie unique.

Ainsi, les grandes orientations de 1998 indiquent que l'évolution budgétaire et salariale de chaque pays participants « fera l'objet d'une surveillance et d'une coordination plus étroite des politiques économiques, de manière à obtenir un dosage approprié des politiques dans l'ensemble de la zone euro ainsi que dans chaque pays participants ». Il est cependant précisé que tous les États membres sont inclus dans la coordination des politiques économiques, compte tenu de « la profonde et étroite interdépendance économique et monétaire entre les pays de la zone euro et les États membres qui n'en font pas partie », ou encore de la nécessité d'assurer « un bon fonctionnement du marché unique » ²²³. En sus, les orientations de 1998 invitent les États membres faisant l'objet d'une dérogation à stabiliser leur relations monétaire avec la zone euro en participant au nouveau mécanisme de taux de change ²²⁴.

A partir des orientations de 1999 et de 2000, on met encore davantage en exergue la distinction entre la zone euro, et les États membres extérieurs à celle-ci. Cette

²²² . Recommandation 94/7/CE du Conseil du 22 décembre 1993 concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, *J.O.* n° L 007 du 11/01/1994, p. 9.

²²³ . Recommandation 98/454/CE du Conseil du 6 juillet 1998 concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, *J.O.* n° L 200 du 16/07/1998, p. 34, point 2.

²²⁴ . Sur le MTC 2, v. *infra* (Recommandation 98/454/CE précitée, point 4)

distinction affecte au premier chef les politiques macroéconomiques (situation des finances publiques, inflation, politiques monétaire et budgétaire). On y fait aussi référence aux activités du groupe informel « euro 11 », rebaptisé plus tard « Eurogroupe »²²⁵, aux obligations spécifiques des participants et des non participants découlant du pacte de stabilité et de croissance, notamment pour préparer ces dernier pays à l'adoption de l'euro le cas échéant, ainsi qu'aux obligations spécifiques des participants et non participants au nouveau mécanisme de taux de change. La distinction affecte également les recommandations en matière de politique salariale²²⁶.

En bref, les GOPE couvrent tous les aspects de l'UEM. Bien qu'elles soient adoptées sous forme de recommandation émise par le Conseil statuant dans sa formation pleine et adressée à tous les États membres, leur dispositif vise soit la situation particulière des États membres pris individuellement, en fonction de leur appartenance ou non à la zone euro, ou encore en fonction de leur participation ou non au nouveau mécanisme de change. Dans certains cas, leur dispositif s'adresse aux États membres de la zone euro pris dans son ensemble. Il s'agit donc là d'un autre cas de *différenciation matérielle du dispositif* d'un acte adopté par le Conseil à la majorité qualifiée dans sa formation habituelle.

D'autre part, dans certains cas, les recommandations émises par le Conseil dans le cadre de la procédure de coordination des politiques économiques ne s'adressent qu'à un État membre pris *ut singuli*. L'Irlande est le premier État membre à avoir fait l'objet d'une « alerte précoce » ayant trait à la non conformité de ses politiques

²²⁵ . V. *infra*.

²²⁶ . Recommandation 99/570/CE du Conseil du 12 juillet 1999 sur les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, *J.O.* n° L 217 du 17/08/2000, p. 34, points 2.1, 2.2, 2.3 et 2.4. Recommandation 00/517/CE du Conseil du 19 juin 2000 concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, *J.O.* n° L 210 du 21/08/2000, p. 1, points 3.1, 3.2, 3.3. 3.4.

économiques avec les grandes orientations (sur base de l'article 99, § 4 du TCE) ²²⁷. La France a fait l'objet de remontrances similaires en janvier 2003 ²²⁸.

Dans d'autres cas, c'est la procédure de déficit excessif qui est déclenchée et suivie d'un constat de déficit excessif (sur base de l'article 104, § 6 du TCE). Tel fut le cas pour le Portugal ²²⁹, puis l'Allemagne ²³⁰, qui avaient échappé auparavant à une recommandation d'alerte précoce, et plus récemment pour la Grèce.

Concernant ces deux procédures, on relatera aussi les avancées faites par la Constitution européenne afin de les confier, non plus au Conseil dans sa formation pleine, mais bien au Conseil dans sa formation « réduite » ²³¹.

B. Différenciation du champ d'application « interétatique » des actes du Conseil : différenciation matérielle *versus* différenciation formelle

Une des caractéristiques fondamentales de la pratique législative du Conseil dans la troisième phase de l'UEM, principalement dans sa dimension monétaire, consiste non pas à arrêter des régimes juridiques distincts au sein d'un acte applicable à tous les États membres, mais à établir une différenciation du champ d'application au sein même de son contenu. Toutefois, cette technique de différenciation « matérielle » se retrouve souvent en tension avec la tendance à invoquer un fondement « constitutionnel » à la différenciation du champ d'application, en particulier le champ d'application de la base juridique elle-même ou la suspension éventuelle du droit de vote au Conseil des non participants. Dans certains cas, il peut même y avoir une certaine redondance entre ces deux méthodes, une redondance qui pourrait

²²⁷. Recommandation du Conseil du 12 février 2001 visant à mettre un terme à la non-conformité des politiques économiques de l'Irlande avec les grandes orientations des politiques économiques, *J.O.* n° L 69 du 10/03/2001, p. 22. Décision 2001/192/CE du Conseil du 12 février 2001 rendant publique la recommandation visant à mettre un terme à la non-conformité des politiques économiques de l'Irlande avec les grandes orientations des politiques économiques, *J.O.* n° L 69 du 10/03/2001, p. 24.

²²⁸. Recommandation du Conseil du 21 janvier 2003 en vue de donner rapidement l'alerte à la France pour empêcher l'apparition d'un déficit excessif, *J.O.* n° L 34 du 11/02/2003.

²²⁹. Décision du Conseil du 5 novembre 2002 sur l'existence d'un déficit excessif au Portugal, *J.O.* L 322 du 27/11/2002.

²³⁰. Décision du Conseil du 21 janvier 2003 relative à l'existence d'un déficit excessif en Allemagne, *J.O.* L 34 du 11/2/2003.

²³¹. Article III – 197, § 4 de la Constitution.

s'avérer contradictoire dans la mesure où la différenciation matérielle pourrait présupposer que l'acte en question s'applique formellement à tous les États membres.

Cette tendance à la formalisation de la différenciation du champ d'application des actes apparaît souvent dans le préambule de ceux-ci, et surtout dans la clause finale de ces actes. Concernant les règlements du Conseil, l'on observera une évolution en trois temps de la rédaction de cette clause finale. L'on examinera aussi plusieurs décisions du Conseil qui ont une portée normative générale à l'instar des règlements, en parallèle avec l'évolution de la pratique relative aux règlements.

1. *Référence générale au statut particulier des non participants*

La question du champ d'application des actes du Conseil s'est posée pour la première fois, et de façon particulièrement controversée, à propos du règlement n° 974/98 du 3 mai 1998 relatif à l'introduction de l'euro, évoqué ci-dessous²³². Pour rappel, celui-ci devait être adopté en formation « réduite », conformément à *l'article 123, § 4 du TCE*. Il apparaît clairement dans le contenu du règlement que celui-ci ne concerne que les États participant à la monnaie unique.

Toutefois, sous l'influence des États membres non participants, lesquels sont présents lors du processus de délibération, et en particulier du Royaume-Uni, le dernier article du règlement précise qu'il est « directement applicable dans *tout* État membre, conformément aux dispositions du traité et *sous réserve des dispositions des protocoles n° 11 et 12* (à savoir les protocoles « britanniques » et « danois ») *et de l'article 109 K, paragraphe 1* (à savoir le nouvel article 122, § 1 du TCE) ». *A priori*, le fait de rappeler qu'il existe des « États membres n'ayant pas adopté la monnaie unique », pour reprendre la formule consacrée par de nombreux règlements du Conseil, qu'ils bénéficient soit d'une dérogation soit d'une exemption, ne répond pas en soi à la question du champ d'application de l'acte en question²³³. Mais si cette « réserve » devait avoir un sens, conformément au principe de l'effet utile, ce que l'on pourrait supposer même s'il s'agit à l'évidence d'une formule de compromis, l'on ne

²³² . V. notamment S. Baroncelli, précité, *in* J.V. Louis, EUI WP, Law 2000/9, p. 74.

²³³ . V. aussi les considérants 21, 23 et 24 du préambule du règlement n° 974/98, qui touchent également à cette question.

voit guère ce que celui-ci pourrait revêtir, si ce n'est d'exclure « formellement » les non participants du champ d'application de l'acte.

L'on a objecté que l'article 122, § 3 du TCE visait de façon exclusive les dispositions du TCE qui ne s'appliquent pas aux États membres faisant l'objet d'une dérogation, et que l'article 123, § 4, qui fonde le règlement n° 974/98, n'est pas repris dans ces dispositions. Dès lors, le règlement n° 974/98 s'appliquerait à ces États sans exception²³⁴.

Ce type d'argument présupposerait, *a contrario*, que les actes adoptés sur base de dispositions du TCE inapplicables aux non participants, leur sont également inapplicables. Si cette logique devait s'imposer, il en résulterait qu'à tout le moins, le Royaume-Uni serait formellement exclu du champ d'application dudit règlement : en effet, le protocole « britannique » (point 5), exclut expressément l'application de l'article 123, §§ 4 et 5 à son égard. Tandis que les autres non participants ne seraient exclus du champ d'application interétatique que sur la base matérielle du règlement.

Toutefois, cette ligne de raisonnement n'est pas la seule défendable : il n'est en effet pas certain que l'inapplication aux non participants de certaines bases juridiques habilitant le Conseil à adopter un acte entraîne en soi l'inapplication de cet acte à ceux-ci²³⁵. S'il est vrai que cette logique réapparaît dans la pratique législative ultérieure (v. *infra*), ceci n'est indiqué nulle part dans le traité. Il nous paraîtrait tout aussi raisonnable de déduire le champ d'application des actes du Conseil en fonction des États membres qui participent effectivement au vote. Telle est d'ailleurs la logique retenue pour le mécanisme général des coopérations renforcées²³⁶. Selon cette logique, le règlement n° 974/98 serait alors formellement inapplicable à tous les États membres qui n'appartiennent pas à la zone euro, quels qu'ils soient.

²³⁴ . En ce sens, v J.V. Louis, précité, *CMLRev*, 1998, p. 65 et 66. V. aussi le tableau présenté par R. Smits, précité, 1997, p. 144.

²³⁵ . J.V. Louis semble le reconnaître, notamment afin de pouvoir justifier l'application du règlement 974/98 au Royaume-Uni, nonobstant l'inapplication de la base juridique à cet État. Toutefois, on l'a évoqué, l'auteur recourt aussi au raisonnement opposé, en l'occurrence en arguant de l'application à tous de la base juridique, pour justifier l'application dudit règlement aux autres États membres faisant l'objet d'une dérogation (ou assimilés, comme le Danemark), *CMLRev*, 1998, p. 66.

²³⁶ . Article 42, § 2 du TUE.

Ainsi, la formule spéciale relatée ci-dessus qui conclut ce règlement aurait un sens, celui de confirmer cette logique. En outre, cette solution serait plus cohérente car elle ne distinguerait pas parmi les non participants à la monnaie unique, nonobstant la situation particulière du Royaume-Uni qui n'est même pas lié par l'objectif de la monnaie unique.

Autrement dit, le sens de la cette clause finale serait de souligner une logique constitutionnelle de la différenciation du champ d'application des actes qui n'est pas clairement établie dans le traité. Elle y transparaît seulement de façon implicite, à travers la différenciation du champ d'application des bases juridiques, ou davantage, selon nous, dans le fait de la suspension du droit de vote²³⁷.

Ceci dit, si tel était le sens de cette clause, force est de constater qu'elle est quelque peu contradictoire avec la technique de différenciation « matérielle » du champ d'application de l'acte. En effet, à la lecture du règlement, il apparaît dans le contenu même de ses dispositions qu'il ne s'adresse en réalité qu'aux « États participants » à la monnaie unique. Une telle technique, qui logiquement devrait supposer que l'acte s'applique alors formellement à tous les États membres, est peu compréhensible dans ce contexte.

Par comparaison, le règlement n° 975/98 du 3 mai 1998 précité concernant les pièces libellées en euros mérite une attention particulière. Il n'est pas expressément établi dans son contenu qu'il ne s'applique qu'aux participants à la monnaie unique, même si *de facto*, tel est bien le cas. Il se conclut par la même formule que celle du règlement n° 974/98. Dans ce cas pourtant, il semble qu'il ait été adopté par la Conseil statuant dans sa formation pleine, et pas réduite comme on aurait pu s'y attendre (v. *supra*)²³⁸. En outre, aucune référence n'est faite à l'article 122, § 3 du TCE ni au point 5 du protocole britannique qui prévoient l'inapplicabilité de l'article 106 du TCE, à savoir la base juridique du règlement en question. Dans ces conditions, il est plus difficile de comprendre le sens de la clause finale du règlement.

²³⁷ . Encore faudrait-il alors établir les implications juridiques de la limitation du champ d'application d'une base juridique pour lui donner un effet utile.

²³⁸ . Il en va de même pour le règlement n° 423/1999 du Conseil du 22 février 1999, précité, modifiant le règlement n° 975/98 précité. Ce règlement reprend la clause finale du règlement n° 975/98 bien qu'adopté à une époque où la pratique était de paraphraser l'article 249 du TCE (v. *infra*)

2. *Les règlements (ou décisions) sont « directement applicables dans tout État membre »*

La pratique du Conseil a évolué avec le temps, notamment en supprimant la référence au statut particulier des non participants, de sorte que la clause finale des règlements se limite à paraphraser l'article 249 du TCE, sans autre précision. De même, les décisions du Conseil ayant une portée générale s'adressent en principe formellement à tous les États membres. C'est d'ailleurs par une décision adoptée dans le même contexte qu'on l'on introduira cette section.

La technique de différenciation « matérielle » domine largement, sans exclure ici et là le recours à des fondements plus formels.

a) Décision 98/415/CE du 29 juin 1998 (consultation de la BCE)

Ne fût-ce que pour des raisons d'ordre chronologique, qui est un aspect indispensable à prendre en considération pour comprendre l'évolution de la pratique, on débutera notre examen précisément par une décision du Conseil particulièrement intéressante pour notre étude. Il s'agit de la décision **98/415/CE** relative à la consultation de la BCE, notamment par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation relevant de sa compétence²³⁹. Cette décision a pour objet de compléter l'article 105, § 4 du TCE (et son équivalent dans les statuts du SEBC, l'article 4). Nous avons vu qu'elle a vraisemblablement été adoptée par le Conseil dans sa formation pleine conformément à la procédure visée de l'article 107, § 6 (et son équivalent dans les statuts, l'article 42), alors que l'article 105, § 4 n'est pas applicable au seul Royaume-Uni de sorte que son droit de vote aurait pu être suspendu (de la même façon qu'il le sera quelque mois plus tard pour l'adoption des règlements n° 2532/98 et n° 2531/98,

²³⁹ . Précitée. La décision remplace, à partir du début de la troisième phase de l'UEM, la décision 93/717 CE du 22 novembre 1993 relative à la consultation de l'IME par les autorités des États membres au sujet de projets de réglementation, *J.O. L 332* du 31/12/1993, p. 14. La décision de 1993 s'appliquait à tous les États membres sans distinction qui devaient consulter l'IME, conformément à l'article 117, § 2, puis à la BCE lors de sa création, conformément à l'article 123, § 2 du TCE. Selon certains auteurs, cette obligation de la deuxième phase subisterait à l'égard des non participants, y compris le Royaume-Uni (C. Zilioli et M. Selmayr, précité, Hart Publishing, 2001, p. 141, note infrapaginale n° 40).

v. *supra*). La décision du Conseil s'adresse formellement à tous les États membres²⁴⁰, mais elle prévoit, outre le régime des participants à la monnaie unique, deux autres régimes différents.

Le premier concerne le Royaume-Uni. La décision ne s'y applique pas « à condition et tant que cet État membre ne passe pas à la troisième phase de l'UEM »²⁴¹. Le fondement invoqué réside dans les points 5 et 8 du protocole « britannique » qui rendent inapplicables au Royaume-Uni la base juridique de la décision. Ce type de fondement institutionnel est la marque d'une différenciation « formelle » du champ d'application de l'acte en question, du moins en ce qui concerne le Royaume-Uni. En outre, la différenciation matérielle opérée au sein de l'acte ne concerne pas cet État, de sorte qu'il n'y pas de redondance avec la différenciation formelle.

Le second régime spécifique vise les États ne participant pas à la monnaie unique, autres que le Royaume-Uni, qui sont concernés, au même titre que les participants, par l'obligation de consultation de la BCE prévue à l'article 4 des statuts du SEBC. Bien que les questions soumises à l'obligation de consultation visent en principe tous les États membres sans distinction²⁴², il apparaît dans les considérants de la décision (point 5) que les décisions prises par les autorités d'un État qui ne participe pas à la politique monétaire du SEBC « ne sont pas visées par la présente décision ». Si la solution est logique dès lors que ces États sont restés souverains à l'égard de leur politique monétaire, on aurait pu s'attendre à ce qu'elle soit formulée plus clairement dans le dispositif.

En revanche, ces États font l'objet d'une obligation spécifique de consultation pour les projets de réglementation « concernant les instruments de politique monétaire »²⁴³. L'on retrouve dès lors à cet endroit la technique de différenciation matérielle du *dispositif* d'un acte du Conseil qui consiste à prévoir des régimes distincts dans un acte qui, formellement, s'applique à tous les États membres.

²⁴⁰ . Article 6 de la décision 98/415 CE : « Les États membres sont destinataires de la présente décision ».

²⁴¹ . Considérant (7) de la décision 98/415 CE.

²⁴² . Article 2, § 1 de la décision 98/415 CE.

²⁴³ . Article 2, § 2 et considérant (4) de la décision 98/415 CE.

b) Règlements n° 2532/98 et n° 2531/98 du 23 novembre 1998 (sanctions de la BCE et réserves obligatoires)

Les premiers règlements qui recourent à la nouvelle pratique de paraphraser simplement l'article 249 du TCE, sans autre précision, sont les règlements **n° 2532/98 et n° 2531/98** du 23 novembre 1998 concernant respectivement les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions, et l'imposition de réserves obligatoires par la BCE. Nous avons déjà vu qu'ils ont finalement été adoptés en formation « réduite » du Conseil (du moins pour le règlement n° 2532/98), malgré les controverses juridiques à ce sujet. Toutefois, ils ne contiennent plus en leur dernier article la précision se référant aux régimes spéciaux des non participants : « Le présent règlement est... directement applicable dans *tout* État membre ». Aucune référence n'est faite au statut particulier des non participants. Il ressort cependant du contenu de ces règlements qu'ils ne s'adressent qu'aux « *États membres participants* », ou à leur « banque centrale », et le cas échéant, aux « institutions » comprises comme entité d'un État membre participant susceptibles de constituer des réserves minimales, ou encore des « entreprises » résidant dans un État membre participant ²⁴⁴. Ce résultat est logique dès lors que ces règlements complètent respectivement les *articles 34.3 et 19.2* des statuts, lesquels ont été expressément rendus inapplicables aux non participants. On peut cependant se demander, ce qui anticipe nos remarques finales à ce sujet, s'il est légitime que la différenciation matérielle du champ d'application d'un acte soit établie apparemment de façon discrétionnaire par le Conseil lorsqu'il agit en formation « réduite ».

On notera toutefois avec intérêt que le premier considérant du règlement n° 2532/98 indique d'emblée, en se fondant sur l'article 34.3 et en paraphrasant l'article 43.1 des statuts ²⁴⁵, que « *le présent règlement... ne confère aucun droit et n'impose aucune obligation à un État membre non participant* » ²⁴⁶, autrement dit, pour faire bref, est « inopérant » à son égard. De la sorte, on retrouve une certaine redondance entre le recours à un fondement constitutionnel implicite de la différenciation du champ

²⁴⁴ . V. les définitions établies à l'article premier des deux règlements.

²⁴⁵ . Plutôt que de paraphraser le point 8 du protocole « britannique », également cité dans le considérant, qui dispose que l'article 34.3 « ne s'applique pas au Royaume-Uni ».

²⁴⁶ . *Comp.* le premier considérant du règlement n° 2531/98 qui se borne à rappeler que les bases juridiques en question (et non le règlement lui-même), « ne confèrent aucun droit... ».

d'application des actes et la différenciation matérielle opérée au sein de l'acte lui-même. Cette redondance s'explique sans doute par le compromis visant à satisfaire les non participants (au premier rang desquels les britanniques) et ayant pour objet de souligner l'inapplicabilité formelle, et pas seulement dans le contenu, à l'instar du règlement n° 974/98 que ces États n'ont pas manqué de brandir dans le but de reprendre sa clause finale. En l'occurrence, toutefois, la formule fonde le caractère « inopérant » à l'égard des non participants des actes adoptés en vertu de l'article 34.3 sur le caractère « inopérant » de l'article 34.3 lui-même, plutôt que sur le fait de la suspension du droit de vote des non participants (conformément à l'article 122, § 5).

c) Règlement n° 2866/98 du 31 décembre 1998 (taux de conversion)

Le règlement n° **2866/98** concernant « les taux de conversion entre l'euro et les monnaies des États membres adoptant l'euro », adopté le 31 décembre 1998 ²⁴⁷, constitue un autre exemple dans la pratique d'une différenciation matérielle, sans allusion à un fondement constitutionnel, à l'instar du règlement 2531/98 évoqué ci-dessus. L'article final se limite en effet à réitérer que « le présent règlement est... directement applicable dans *tout* État membre », nonobstant le fait qu'à l'instar du règlement 974/98 évoqué ci-dessus, il a été arrêté sur base de l'article 123, § 4 du TCE, par le Conseil en formation « réduite ». A nouveau cependant, il ressort clairement du contenu du règlement, jusque dans son titre, qu'il ne concerne que les États adoptant la monnaie unique.

d) Règlement n° 2533/98 du 23 novembre 1998 (statistiques)

Le règlement n° **2533/98** concernant la collecte d'informations statistiques par la BCE, adopté le même jour que les n° 2531/98 et 2532/98 évoqués ci-dessus, représente un nouveau cas de figure de différenciation matérielle du *dispositif* d'un règlement, comparable à la décision 98/415/CE évoquée ci-dessus. En effet, en étant adopté sur base de *l'article 5.4* des statuts du SEBC qui s'applique à tous les États membres, sans exception, il va de soi qu'il s'applique formellement à *tous* les États membres. Pourtant, la lecture de son contenu laisse apparaître, non pas qu'il ne

²⁴⁷ . Précité.

s'applique qu'aux participants, mais un régime distinct en fonction de la participation ou non à la monnaie unique. Ainsi, le considérant n° 17 indique que « *les informations statistiques nécessaires au respect des obligations de déclaration statistique à la BCE ne sont pas les mêmes pour les États membres participants et les États membres non participants* »²⁴⁸. Il précise ensuite que l'article 5 du TCE (nouvel article 10 : coopération loyale) implique cependant une obligation d'élaborer et de mettre en œuvre, au niveau national, « *toutes les mesures que les États membres jugent appropriées pour assurer la collecte des informations statistiques nécessaires... et pour achever, en temps voulu, les préparatifs ... pour devenir des États membres participants* ». Il en résulte que les « agents déclarants » soumis aux obligations de déclaration statistique à la BCE (la « population de référence ») sont ceux ayant un lien de rattachement avec un des États membres, sans distinction (principalement, le lieu de résidence)²⁴⁹. Il semble aussi que le régime de confidentialité vise tous les États membres²⁵⁰. Pour le reste, les obligations des États non participants se limitent à celles découlant de l'article 5 des statuts²⁵¹ et de l'article 10 du TCE (ex article 5). Les autres dispositions concernant la collecte obligatoire, le droit de vérification des informations, ou encore l'application de sanctions ne concernent que les États membres participants²⁵². Enfin, il est rappelé que le pouvoir réglementaire de la BCE pour définir ou imposer des obligations de déclaration statistique ne peut concerner que les États participants²⁵³.

A titre de comparaison, l'on épinglera la décision **98/382/CE** du Conseil concernant les données statistiques permettant de déterminer la clé de répartition du capital de la BCE²⁵⁴. Cette décision, qui est adoptée en complément de l'article 29.2 des statuts du SEBC, est applicable à tous les États membres sans exception. Elle donne des instructions à la Commission en la matière, et concerne en principe tous les États

²⁴⁸ . Considérant (17) du règlement n° 2533/98.

²⁴⁹ . Articles 1 et 2 du règlement n° 2533/98

²⁵⁰ . Article 8 du règlement n° 2533/98, en particulier le point 10.

²⁵¹ . Article 4 du règlement n° 2533/98.

²⁵² . Articles 6 et 7 du règlement n° 2533/98

²⁵³ . Considérants 14 à 16, articles 3 et 5 du règlement n° 2533/98.

²⁵⁴ . Décision du 5 juin 1998, précitée. V. aussi la décision 2003/517/CE du Conseil du 15 juillet 2003 relative aux données statistiques devant servir à adapter la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne, notamment en vue de l'adaptation de la clé de répartition liée à l'adoption de la monnaie unique par de nouveaux États membres, *J.O. L* 181 du 19/07/2003, p. 43.

membres (même si *de facto*, elle n'aura d'effet vis-à-vis des non participants qu'au moment de la libération du capital souscrit, lors de leur participation ultérieure²⁵⁵).

e) Règlement n° 423/1999 du Conseil du 22 février 1999

On notera toutefois, à titre de contre-exemple, le règlement n° 423/1999 du Conseil du 22 février 1999 qui reprend la formule initiale du règlement n° 975/98 qu'il a pour objet de modifier, à savoir la référence générale au statut particulier des non participants²⁵⁶.

3. *Les règlements sont directement applicables* « dans les États membres conformément au TCE »

La pratique législative a de nouveau évolué suite à une modification du règlement intérieur du Conseil en juin 1999²⁵⁷. Celui-ci prévoit que « *dans les cas où un acte ne serait pas applicable à et dans tous les États membres* », le dernier article du règlement envisagé devra être suivi de la formule suivante : « Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable *dans les États membres conformément au TCE* ».

Cette évolution témoigne d'une volonté de revenir à un fondement institutionnel, c'est à dire inscrit dans le traité lui-même, pour déduire formellement le champ d'application des actes en question. Nous avons vu, il est vrai, que le TCE, contrairement au mécanisme de la coopération renforcée, ne prévoyait aucune disposition spécifique sur un tel champ d'application, si ce n'est indirectement et de façon imprécise, par le biais d'une différenciation du champ d'application des bases juridiques ou d'une suspension du droit de vote des non participants, ou plus généralement par une référence à l'existence d'un statut particulier pour les non participants. Mais chaque fois que l'on retrouvera cette formule à la fin d'un règlement, elle reviendra à dire que les règlements ne s'appliquent pas à tous les États

²⁵⁵ . V. le point 2 du préambule de la décision de la BCE du 16 Novembre 2000 (BCE/2000/14), précitée.

²⁵⁶ . Précité.

²⁵⁷ . Décision du Conseil 1999/385/CE/CECA/CEEA du 31 mai 1999 portant adoption de son règlement intérieur, *J.O.* n° L 147, du 12/06/1999, p. 13 (v. Annexe II, p 21)

membres, avec le risque de redondance évoqué ci-dessus par rapport à la différenciation matérielle, celle qui est opérée dans le contenu même des actes.

Dans une modification ultérieure du règlement intérieur du Conseil en juin 2000 ²⁵⁸, toujours de mise dans sa dernière version d'avril 2004 ²⁵⁹, une déclaration du Conseil « rappelle que, dans les cas prévus dans les traités où un acte n'est pas applicable à ou dans tous les États membres, il est nécessaire de faire ressortir avec clarté son application territoriale dans la motivation et le contenu dudit acte ».

Il n'est guère aisé d'interpréter cette précision supplémentaire en terme de prédominance de la différenciation « formelle » (la motivation, le cas échéant, se réfère au traité) ou de la différenciation « matérielle » (dans le contenu de l'acte). Elle est sans doute destinée à ne pas se limiter à une formule sibylline telle que « conformément au TCE » pour exprimer l'idée que le règlement en question ne s'applique pas à tous les États membres, avec la possibilité éventuelle de distinguer entre le Royaume-Uni et les autres États membres ²⁶⁰.

a) Règlements n° 1009/2000 (augmentation du capital de la BCE) et n° 1010/2000 du 8 mai 2000 (réserves de change)

Parmi les premiers règlements du Conseil qui consacrent la nouvelle formule selon laquelle il sont applicables « dans les États membres conformément au TCE », on examinera le règlement n° 1010/2000 du 8 mai 2000 relatif aux appels supplémentaires d'avoirs de réserve de change déjà évoqué ci-dessus, et celui adopté le même jour, portant le n° 1009/2000, relatif aux augmentations de capital de la BCE ²⁶¹.

A propos du premier, le n° **1010/2000**, cette nouvelle formule qui consacre formellement, fût-ce indirectement, l'inapplication du règlement aux non participants pourrait normalement se justifier par le fait qu'il a été adopté par le Conseil « en

²⁵⁸ . Décision du Conseil 2000/396/CE/CECA/CEEA du 5 juin 2000 portant adoption de son règlement intérieur, *J.O.* n° L 149, du 23/06/2000, p. 21 (v. Annexe II, p 34).

²⁵⁹ . Décision du Conseil 2004/338/CE/CECA/CEEA du 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur, *J.O.* n° L 106, du 15/4/2004, p. 22 (v. Annexe V, p. 44)

²⁶⁰ . Ce qui à notre connaissance n'a plus jamais été le cas concernant le champ d'application des actes. V. toutefois auparavant la décision 98/415, évoquée ci-dessus.

²⁶¹ . *J.O.* L 115 du 16/5/2000, p. 1.

formation « réduite » ». Toutefois, s'il semble que tel a bien été le cas, nous avons vu que le fondement de cette « formation « réduite » » est difficile à comprendre. Si tel n'a pas été le cas, l'inapplication de ce règlement devrait se fonder sur l'inapplication à ceux-ci de la base juridique qui le fonde, à savoir l'article 30.4 des statuts du SEBC. Quoiqu'il en soit, ces précisions formelles dans la clause finale apparaissent redondantes avec le contenu du règlement en question qui, clairement, ne vise que les États participants ²⁶².

Le règlement n° **1009/2000** est plus mystérieux. Lui aussi se conclut par la formule revenant à dire qu'il ne s'applique pas à tous les États membres. Et pourtant, il est adopté sur base de l'article 28.1 des statuts qui est applicable à tous les États membres sans exception, et conformément à la procédure prévue à l'article 107, § 6 du TCE impliquant le Conseil dans sa formation pleine.

b) Règlements n° 2595/2000 et 2596/2000 du 27 novembre 2000 (cadre juridique de l'euro) et Règlement n° 1478/2000 du 19 juin 2000 (taux de conversion)

Les règlements n° **2595/2000** et **2596/2000**, adoptés suite à l'adoption par la Grèce de la monnaie unique, sont intéressants car ils adaptent le règlements n° 1103/97 ainsi que le règlement n° 974/98 tant controversé, tous deux relatifs au cadre juridique de l'euro ²⁶³. Ces règlements se terminent eux aussi par la même nouvelle formule ²⁶⁴, laquelle se justifie pleinement par le recours à la procédure prévue à l'article 123, § 5 du TCE qui implique le Conseil dans sa formation « réduite » aux participants à la monnaie unique. En revanche, le règlement n° **1478/2000** du 19 juin 2000 qui a fixé le taux de conversion de la drachme grecque, bien que se référant au même article 123, § 5 du TCE, est revenu à la formule finale selon laquelle il est « applicable dans *tout* État membre ». Ce retour en arrière s'explique sans doute par mimétisme envers la formule finale du règlement qu'il modifie, à savoir le règlement n° 2866/98

²⁶². V. notamment les définitions à l'article 1.

²⁶³. Précités.

²⁶⁴. V. aussi le point 4 du préambule du règlement n° 2595/2000 : « *Les dispositions du présent règlement devraient être, selon les principes généraux du droit, en particulier la reconnaissance de la loi monétaire, universellement reconnues comme faisant partie intégrante de la loi monétaire des États membres participants, ce qui renforcera la sécurité et la clarté du droit pour les agents économiques dans tous les États membres et les pays tiers* ».

concernant les taux de conversion. Mais un mimétisme qui n'aura plus été de mise pour les deux règlements sus-visés relatif au cadre juridique de l'euro.

c) Règlement 134/2002 (réserves obligatoires)

On mentionnera encore le règlement n° 134/2002 évoqué ci-dessus, qui modifie le règlement n° 2531/98 concernant les réserves obligatoire, et à propos duquel l'on a pu se demander s'il a été adopté par le Conseil dans sa formation « réduite » ou non. La formule finale signifiant la non application à tous les États membres se justifierait, le cas échéant, par le champ d'application différencié de la base juridique qui le fonde, à savoir l'article 19.2 des statuts (conformément à l'article 43.1 des statuts et du point 8 du protocole britannique, tous deux cités dans le préambule du règlement).

4. *Clauses générales de différenciation matérielle*

Force est de constater que dans la pratique législative de la troisième phase de l'UEM, l'imagination est au pouvoir. Tel est certainement le cas concernant deux règlements du Conseil du 28 juin 2001 ayant pour objet la protection de l'euro contre le faux monnayage.

Le premier, portant le n° 1338/2001²⁶⁵, est adopté sur la même base juridique que le règlement n° 974/98 concernant l'introduction de l'euro, à savoir l'article 123, § 4 du TCE qui prévoit la participation au vote des seuls États membres qui ont adopté la monnaie unique. Le règlement se conclut bien par la nouvelle formule finale indiquant que application du règlement ne vise pas tous les États membres. Toutefois, cette formule doit être lue à la lumière de l'article 12 du règlement qui a trait à son « applicabilité ». Cet article dispose que « *les articles 1er à 11 produisent leurs effets dans les États membres qui ont adopté l'euro comme monnaie unique* ». Il semble qu'il faille comprendre cet article 12 comme une clause générale de différenciation matérielle, et qu'*a contrario*, le règlement, dans sa « forme », s'applique à tous les États membres sans distinction. Du moins en irait-il ainsi pour l'article 12 lui-même,

²⁶⁵ . Précité.

l'article 13 relatif à son entrée en vigueur, le préambule, les considérants et la clause finale elle-même.

Dans cette perspective, il est difficile de comprendre le sens de la formule finale. Soit elle a pour objet de rappeler l'inapplicabilité formelle aux non participants, ce qui serait légitime compte tenu de la suspension de leur droit de vote, et elle serait alors contradictoire avec les implications de la portée de l'article 12 dudit règlement. Soit elle traduit la différenciation matérielle du règlement qui formellement s'appliquerait à tous, et l'on se demande à quoi sert la référence au TCE dans la formule finale du règlement en question, si ce n'est peut-être à « justifier » la différenciation matérielle par la suspension du droit de vote.

Le second règlement, portant le n° 1339/2001 ²⁶⁶, est adopté sur base de l'article 308 du TCE, la base juridique qui mérite bien dans ce cas le qualificatif de « fourre-tout ». Ce règlement a pour objet d'étendre l'application des articles 1er à 11 du règlement n° 1338/2001 aux États membres qui n'ont pas adopté l'euro comme monnaie unique. La formule finale revient ici au modèle antérieur qui se contentait de paraphraser l'article 249 du TCE comme quoi le règlement est... directement applicable dans *tout* État membre. L'existence même d'un tel règlement tend à démontrer l'impossibilité ressentie de rendre le règlement n° 1338/2001 applicable de façon générale, en tant que tel, à tous les États membres, ce qui accrédite l'hypothèse que le champ d'application qu'il entend limiter dans sa clause finale est bien de nature formelle, en se fondant sur le traité. En effet, rien dans les traités n'impose au législateur de faire de la différenciation matérielle parmi les États membres.

Ces règlements ont été complétés par deux décisions du Conseil du 17 décembre 2001 afin de renforcer la protection contre le faux-monnayage (programme dénommé « Périclès »), notamment afin de favoriser la coopération avec les pays-tiers. Ce n'est pas le lieu ici d'essayer de comprendre le recours à une décision plutôt qu'un règlement. Fondamentalement, la même technique été retenue. La première décision a été adoptée par le Conseil en formation « réduite » sur base de l'article 123, § 4 du

²⁶⁶ . Règlement CE n° 1339/2001 du Conseil du 28 juin 2001 étendant les effets du règlement n° 1338/2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage aux États membres qui n'ont pas adopté l'euro comme monnaie unique, *J.O. L 181 du 4/7/2001*, p. 11.

TCE²⁶⁷. Elle « produit ses effets dans les États membres qui ont adopté l'euro comme monnaie unique »²⁶⁸. La seconde est également sur base de l'article 308 du TCE²⁶⁹. Elle a pour objet d'étendre aux États membres qui n'ont pas adopté l'euro comme monnaie unique l'application des articles 1er à 13 de la première décision, à savoir le dispositif matériel de celle-ci, à l'exception notamment des deux derniers articles relatifs à son applicabilité et à sa prise d'effet. Ceux-ci devraient donc s'appliquer à tous, tout comme la première décision où ils figurent.

Par comparaison, on relèvera une décision²⁷⁰ et une décision-cadre²⁷¹ du Conseil qui ont également trait à la protection de l'euro contre le faux monnayage, notamment en renforçant les sanctions pénales à cet égard. Adoptées sur base des articles 31 et 34 du TUE dans le cadre de la JAI, ces décisions s'appliquent à tous les États membres sans distinction.

IV. Synthèse des aménagements au sein du cadre communautaire et appréciation critique

Au sein du cadre communautaire de l'UEM, les aménagements « constitutionnels » liés à la différenciation entre les États membres qui ont adopté la monnaie unique et les autres sont de deux types. Ils consistent, d'une part à limiter le champ d'application « interétatique » de certaines dispositions du TCE ou à rendre « opérantes » certaines dispositions des statuts du SEBC²⁷² à l'égard des seuls participants à la monnaie unique²⁷³ (ou à n'exempter de ces dispositions que le

²⁶⁷ . Décision 2001/923/CE du Conseil du 17 décembre 2001, précitée.

²⁶⁸ . Article 14 de la décision.

²⁶⁹ . Décision 2001/924/CE du Conseil du 17 décembre 2001 étendant les effets de la décision établissant un programme d'action en matière d'échanges, d'assistance et de formation, pour la protection de l'euro contre le faux monnayage (programme « Périclès ») aux États membres qui n'ont pas adopté l'euro comme monnaie unique, *Journal officiel* n° L 339 du 21/12/2001 p.55

²⁷⁰ . Décision 2001/887/JAI du Conseil du 6 décembre 2001 relative à la protection de l'euro contre le faux-monnayage, *J.O.* n° L 329 du 14/12/2001, p. 1.

²⁷¹ . Décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, *J.O.* n° L 140 du 14/06/2000, p. 1.

²⁷² . Pour rappel, les dispositions des statuts qui intéressent le « cadre communautaire » sont celles qui forment des bases juridiques pour les actes du Conseil.

²⁷³ . V. les articles visés par l'article 122, § 3 du TCE. Pour l'analyse qui suit, l'on considérera également l'article 123, §§ 4 et 5 du TCE comme inapplicables *de facto* (« matériellement ») aux non participants à la monnaie unique (sauf pour le Royaume-Uni pour qui il est formellement inapplicable). Concernant les dispositions « inopérantes » des statuts du SEBC (c'est à dire qui « ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation »), v. l'article 43 des statuts.

Royaume-Uni)²⁷⁴ ; et d'autre part à « réduire » dans certains cas la formation du Conseil, ce qui revient dans la plupart de ces cas à suspendre le droit de vote des non participants²⁷⁵ (ou du seul Royaume-Uni)²⁷⁶.

En revanche, rien n'est formellement prévu en ce qui concerne le champ d'application « interétatique » des actes de droit dérivé adoptés par le Conseil, ce qui explique les nombreuses et délicates controverses en la matière. En outre, ces incertitudes ont laissé une large marge de manœuvre pour préciser le champ d'application dans le corps même de ses actes ou pour établir des régimes distincts, technique que nous avons qualifiée de « différenciation matérielle ». La pratique législative révèle cependant une tendance à vouloir fonder le champ d'application des actes sur les éléments de différenciation « constitutionnelle » évoqués ci-dessus, et ainsi à donner une apparence de différenciation « formelle » du champ d'application « interétatique » de ces actes par le biais de leur clause finale ou de leurs considérants.

Il en ressort une image d'ensemble complexe et contrastée. Sans vouloir à tout prix remettre de l'ordre et de la cohérence dans une pratique qui s'est développée de façon empirique, nous voudrions dans cette synthèse tenter de dégager un certain nombre de principes, ou tout simplement de récurrence afférant aux liens qui s'établissent entre les aménagements constitutionnels, la pratique législative de différenciation matérielle, et les relents de différenciation formelle du champ d'application interétatique des actes du Conseil.

A. Dialectique entre la formation « réduite » du Conseil et le champ d'application différencié des bases juridiques du traité

Le premier lien qui mérite d'être examiné est celui qui s'établit entre les cas où le Conseil statue en formation « réduite » aux participants à la monnaie unique et les cas où le champ d'application des bases juridiques qui fondent l'action du Conseil est différencié. Contrairement au mécanisme général de la coopération renforcée qui se

²⁷⁴ . V. les points 5 et 8 du protocole « britannique ».

²⁷⁵ . Article 122, § 5, article 123, §§ 4 et 5 et point 7 du protocole britannique ».

²⁷⁶ . Dans certains cas, l'État candidat à sa participation ultérieure prend également part au processus de décision (article 123, § 5 du TCE : fixation taux de conversion et mesures liées à l'introduction de

caractérise précisément par une formation « réduite » du Conseil à l'égard de la base juridique ou d'une action à déterminer au cas par cas, la philosophie du traité en matière d'UEM est d'indiquer d'emblée de façon expresse les cas où le vote des non participants est suspendu. Dans la pratique toutefois, dans deux cas au moins, le Conseil semble avoir statué dans sa formation normale alors qu'il aurait probablement dû statuer en formation « réduite ». Il est vrai qu'il s'agissait de cas donnant lieu à un conflit de procédure²⁷⁷, mais au moins dans un autre cas semblable, le Conseil a bien statué en formation « réduite »²⁷⁸. Au contraire, dans deux autres cas au moins, il semble que le Conseil ait statué en formation « réduite » sans fondement direct dans le traité autre que l'inapplication de la base juridique en question²⁷⁹. L'avenir dira si ces deux cas constituent des accidents de parcours dus aux commencements d'une pratique qui cherche ses marques.

En principe, tous les cas où le Conseil est appelé à statuer en « formation « réduite » » sont des cas où il se fonde sur une base juridique formellement rendue inapplicable aux participants, à l'exception des actes adoptés sur base de l'article 123, §§ 4 et 5 du TCE qui concerne le statut juridique et les taux de conversion de l'euro. Il ne s'agit en fait que d'une fausse exception car cet article peut être considéré comme inapplicable *de facto* (« matériellement ») aux non participants²⁸⁰. Mais il s'agit d'une exception importante car une bonne partie des actes adoptés en formation « réduite » le sont sur cette base.

En revanche, toutes les dispositions du TCE qui sont rendues inapplicables aux non participants et qui constituent des bases juridiques pour l'action du Conseil²⁸¹ ne donnent pas nécessairement lieu à une adaptation de la formation du Conseil, lequel

l'euro). Dans d'autres cas en revanche (procédure dite de « déficit excessif »), l'État membre participant mis sur la sellette ne prend pas part aux décisions qui le touchent individuellement.

²⁷⁷ . V. *supra* le règlement 975/98 (pièces en euro) et la décision 98/415 (consultation de la BCE), précités.

²⁷⁸ . V. *supra* le règlement 2532/98 (pouvoirs de sanction de la BCE), précité.

²⁷⁹ . V. le règlement 2531/98 (réserves obligatoires) et le règlement 1010/2000 (réserves de change).

²⁸⁰ . Sauf, nous l'avons vu, en ce qui concerne le Royaume-Uni pour qui cet article est formellement inapplicable. Ont été adoptés sur cette base par le Conseil en formation « réduite » les règlements précités suivant : règlement 974/98 (cadre juridique de l'euro) ; règlement 2866/98 (taux de conversion) ; règlement 1478/2000 (taux conversion Grèce) ; règlements 2595/2000 et 2596/2000 (adaptation du cadre juridique de l'euro) ; règlement 1338/2001 (protection de l'euro) et décision 2001/923/CE (Périclès)

²⁸¹ . On gardera en effet à l'esprit que les articles rendus inapplicables ne sont pas nécessairement tous des bases juridiques.

continue à statuer en formation pleine. Il en va ainsi pour certaines bases juridiques des statuts du SEBC relatives à la législation complémentaire de ceux-ci, conformément à l'article 107, § 5 du TCE (et son équivalent, l'article 42 des statuts). En effet, si certaines d'entre elles sont applicables à tous les États membres sans exception²⁸², d'autres sont inapplicables aux non participants à la monnaie unique²⁸³, et dans un cas, inapplicables au seul Royaume-Uni²⁸⁴, sans suspension de droit de vote correspondante. La pratique révèle cependant, dans les deux « accidents de parcours » évoqués ci-dessus²⁸⁵, que l'inapplication de la base juridique a paru suffire pour justifier un vote en formation « réduite » du Conseil. Ces cas sont de toute évidence révélateurs de la difficulté à faire participer les non participants au vote de dispositions qui ne les concernent pas, à tous le moins en ce qui concerne le Royaume-Uni dont l'exemption n'a pas nécessairement un caractère transitoire.

B. « Fondements » constitutionnels de la différenciation « matérielle » du champ d'application des actes du Conseil

Comme le traité ne règle pas de façon expresse le champ d'application des actes issus du Conseil, nonobstant les autres aménagements constitutionnels de la différenciation dans le cadre de l'UEM, nous avons vu que la pratique s'est efforcée de prendre en compte la différence de statut des États membres en modulant le champ d'application des actes dans le contenu des actes eux-mêmes. Une telle différenciation « matérielle » comporte fondamentalement deux variantes qui sont déterminées par l'existence, et le cas échéant, le type d'aménagements constitutionnels en cause²⁸⁶.

La première technique de différenciation « matérielle » ne vise pas tant le champ d'application interétatique des actes que le dispositif de ces actes en établissant des régimes distincts pour les États membres en fonction de leur appartenance ou non à la

²⁸² . Articles 5.4, 28.1, et 29.2 des statuts du SEBC.

²⁸³ . Articles 19.2, 20, 30.4 et 34.3 des statuts du SEBC.

²⁸⁴ . Article 4 des statuts du SEBC.

²⁸⁵ . Le règlement 2531/98 se réfère à l'article 19.2 des statuts, et le règlement 1010/2000 à l'article 30.4 de ceux-ci.

²⁸⁶ . Pour le reste, l'on a pu observer un autre type de différenciation dans les décisions du Conseil qui s'adressent individuellement à un État membre : grandes orientations de politique économique (recommandation « irlandaise »), procédure de déficit excessif, pacte de stabilité (programmes actualisés de convergence ou de stabilité) mais aussi, nous le verrons, des décisions concernant les relations monétaires extérieures de la France ou du Portugal (*v. infra*).

zone euro. On observe cette technique dans des cas où le Conseil statue dans sa formation normale en se fondant sur une base juridique applicable à tous sans distinction. Il en va par exemple ainsi des règlements constitutifs du pacte de stabilité et de croissance, ou encore de certains aspects de la législation complémentaire des statuts du SEBC ²⁸⁷. Dans ce dernier cas cependant, on notera deux exemples où aucun régime distinct n'apparaît, si ce n'est que *de facto*, l'acte ne concerne que les participants à la monnaie unique nonobstant l'application générale de la base juridique qui les fonde ²⁸⁸. Il reste que cette technique, qui requiert une approche consensuelle nonobstant le recours à un vote majoritaire, ne doit pas occulter les cas de législation dans le cadre de l'UEM qui s'applique à tous les États membres sans distinction, comme c'est par exemple le cas à propos de l'indice des prix à la consommation ²⁸⁹ ou encore ou encore le système européen des comptes nationaux ²⁹⁰.

La seconde technique de différenciation « matérielle » revient à ne rendre les actes du Conseil applicables qu'aux seuls participants à la monnaie unique. La manière de viser ces États membres n'est cependant pas standardisée. Lorsque dans certains cas, ces États membres ne sont pas expressément ou directement visés, ils le sont indirectement, ou à tous le moins, *de facto* ²⁹¹. Dans d'autres cas, on a aussi pu observer une sorte de clause générale de différenciation « matérielle » du champ d'application interétatique ²⁹².

L'aménagement constitutionnel déterminant corrélatif à cette technique est pratiquement toujours l'inapplication de la base juridique fondant l'acte en cause. Le critère de la suspension du droit de vote passe souvent au second plan.

²⁸⁷ . V. la décision 98/415/CE (consultation de la BCE) adoptée en complément de l'article 4 des statuts (sauf pour le Royaume-Uni qui est exempté de cette décision mais à l'égard duquel l'article 4 des statuts est inapplicable), ainsi que le règlement 2533/98 (statistiques) adopté en complément de l'article 5.4 des statuts, précités.

²⁸⁸ . Ainsi en va-t-il du règlement n° 1009/2000 (augmentation du capital de la BCE) adopté en complément de l'article 28.1 des statuts, ou encore de la décision 98/382/CE (statistiques relatives à la répartition du capital de la BCE), précités.

²⁸⁹ . V. le règlement 2494/95 précité.

²⁹⁰ . V. le règlement 2223/96 précité.

²⁹¹ . V. par exemple, le règlement 975/98 (émission de pièces en euro).

²⁹² . V. par exemple le règlement 1338/2001 (protection de l'euro)

La raison du choix réside sans doute dans le fait que l'inapplication à certains États membres d'une base juridique ne s'accompagne pas toujours, nous l'avons vu, d'une suspension du droit de vote. Autrement dit, lorsque le Conseil statue en formation normale — ce qu'il fait conformément aux préceptes du TCE ²⁹³, ou contrairement à ce que le traité aurait pu laisser entendre ²⁹⁴ —, l'inapplication de la base juridique s'avère le seul fondement possible à la différenciation matérielle du champ d'application interétatique des actes. Cette formule qui voit les non participants prendre part au processus de décision pour adopter des actes qui ne s'appliquent pas à eux peut paraître surprenante. Elle reflète cependant le caractère transitoire de la non participation de certains États membres à la monnaie unique qui seront automatiquement liés par l'acquis de la zone euro lors de leur participation ultérieure, à l'exception toutefois du Royaume-Uni qui n'est pas lié à terme par l'objectif de la monnaie unique, voire du Danemark dont le caractère non permanent de son statut n'est pas avéré. Au demeurant, on a vu que les deux exemples « d'accident de parcours » évoqués ci-dessus sont précisément révélateurs des limites de cette logique.

L'existence d'une telle formule explique sans doute que même dans les cas où le Conseil est appelé à statuer en formation « réduite », le critère de l'inapplication de la base juridique à certains États membres semble pareillement prédominer, du moins si l'on met à part les actes adoptés sur la base de l'article 123, §§ 4 et 5 (qui est applicable à tous, du moins « formellement »). Tel est le cas lorsque la formation « réduite » du Conseil se fonde normalement dans le traité (bien que parfois, au terme d'une controverse) ²⁹⁵. Tel est aussi le cas, *a fortiori*, dans les deux exemples « d'accidents de parcours » évoqués ci-dessus où la suspension de vote des non participants semble elle-même découler du champ d'application différencié de la base juridique.

²⁹³ . V. la décision 98/415/CE. Du moins en va-t-il ainsi pour les États membres non participants autres que le Royaume-Uni qui aurait pu être exclu de la procédure de vote, v. *supra*. V. également les deux « accidents de parcours » ainsi que règlements 134/2002 (réserve obligatoire) à propos desquels un doute subsiste quant à la formation du Conseil qui les a adoptés.

²⁹⁴ . V. les règlements 975/98 et 423/1999, précités.

²⁹⁵ . V. le règlement 2532/98 (pouvoirs de sanction de la BCE), adopté sur base de l'article 34.3 des statuts.

Enfin, si la différenciation « matérielle » du champ d'application interétatique trouve (pratiquement) toujours sa source dans la différenciation du champ d'application de la base juridique correspondante, il apparaît de même qu'inversement, une telle différenciation du champ d'application de la base juridique donne toujours lieu à une telle technique de différenciation « matérielle » du champ d'application des actes de droit dérivé, indépendamment de la formation du Conseil, normale ou réduite, qui statue.

C. Dialectique entre la différenciation « matérielle » et la différenciation « formelle » du champ d'application des actes du Conseil

Nous avons pu observer que parallèlement à cette pratique de la différenciation « matérielle » du champ d'application des actes du Conseil, une autre s'est développée consistant à opérer une différenciation de nature « formelle » de ce champ d'application en se fondant directement sur le traité. Autrement dit, ce n'est plus l'acte dans son contenu, mais l'acte lui-même en tant que tel qui ne serait pas applicable à certains États membres, conformément au traité. Une telle différenciation « formelle » apparaît dans la clause finale des actes et/ou dans le préambule de ceux-ci, en particulier dans les considérants. Elle consiste à se référer de façon générale au statut particulier de certains États, ou encore à se référer de façon plus ou moins expresse à un des aménagements constitutionnels de la différenciation, en principe le même que celui qui paraît avoir guidé la différenciation « matérielle » du champ d'application de l'acte, à savoir pour l'essentiel le champ d'application différencié d'une base juridique.

Il convient tout d'abord de constater que, logiquement, cette tendance à la formalisation de la définition du champ d'application des actes ne concerne pas ceux qui prévoient des régimes juridiques distincts en fonction de l'appartenance ou non à la zone euro. Cette tendance ne concerne que ceux qui donnent lieu à une véritable différenciation du champ d'application interétatique²⁹⁶.

²⁹⁶. V. toutefois le règlement 1009/2001 (augmentation de capital de la BCE).

Nous avons examiné cette question en suivant une approche chronologique, en fonction de l'évolution de la rédaction de la clause finale des actes du Conseil, et de ses règlements en particulier. Une telle approche chronologique est la seule qui permette de comprendre l'évolution de la pratique du Conseil en la matière. Toute autre tentative de systématisation en fonction des bases juridiques utilisées ou des aménagements constitutionnels de la différenciation s'avère vaine. Dans un premier temps, cette clause finale se réfère de façon générale à l'existence d'un statut particulier. Dans un second temps, la clause finale redevient neutre, mais il est fréquent de repérer des indications sur le champ d'application formel de l'acte dans un considérant du préambule²⁹⁷. Ensuite, la pratique consistera à faire une référence générale au TCE dans la clause finale, ce qui traduit, aux termes du règlement intérieur du Conseil, que l'acte ne s'applique pas à ou dans tous les États membres.

²⁹⁷. V. les règlements 2531/98 et 2532/98, ainsi que la décision 98/415, précités

D. Tableaux de synthèse

Tableau 1 — « Fondements » constitutionnels de la différenciation « matérielle » du champ d'application des actes du Conseil

Aménagements constitutionnels de la différenciation		Différenciation « matérielle »
Conseil	Champ application des bases juridiques	
a) formation « réduite »	non différencié : art. 123, §§ 4 et 5 TCE	actes inapplicables aux non participants
b) formation « réduite »	différencié	actes inapplicables aux non participants
c) formation pleine	différencié	actes inapplicables aux non participants ou au Royaume uni
d) formation pleine	non différencié	régimes spécifiques en fonction de la participation à l'euro (ou législation uniforme)

Tableau 2 — Fondement constitutionnel de la différenciation « formelle » du champ d'application des actes du Conseil

Tendance à Différenciation « formelle »	Fondement constitutionnel dominant
a) oui	Formation « réduite » du Conseil
b) oui	Base juridique différenciée
c) oui	Base juridique différenciée
d) non	—

E. Appréciation critique

On comprend que la pratique législative, faute d'indication dans le traité, ait réglé de façon pragmatique la question du champ d'application des actes dans leur contenu, en fonction de l'appartenance ou non à la zone euro. Il n'est pas étonnant que pour ce faire, afin de ne pas tomber dans l'arbitraire, le Conseil se soit référé à des éléments objectifs tels que le champ d'application des bases juridiques et la formation, pleine ou réduite, du Conseil. C'est probablement ce type de référence qui donne lieu à un glissement « naturel » de la différenciation matérielle vers une différenciation formelle du champ d'application des actes.

En outre, pour comprendre la portée des enjeux liés à la question du champ d'application des actes du Conseil adoptés dans le cadre de la troisième phase de l'UEM, il est utile de revenir au premier règlement qui a déclenché la controverse, à savoir le règlement n° 974/98 concernant l'introduction de l'euro et son statut. Bien que le contenu ne visait clairement que les États participant à la monnaie unique, le Royaume-Uni a cherché à ce que ce soit « formellement » que le règlement ne s'applique pas à lui, en le faisant apparaître dans la clause finale, et pas simplement « matériellement ».

Derrière cette question technique se cachait celle du statut de l'euro au Royaume-Uni. L'euro serait-il reconnu, aux yeux des autorités britanniques, notamment les autorités judiciaires, comme monnaie « communautaire » (par hypothèse, n'ayant pas cours au Royaume-Uni) ou comme *lex monetae* d'un État tiers ? Le point de vue de la Banque d'Angleterre penchait plutôt pour ce statut « étranger ». Selon elle, le règlement en question « *is not directly applicable to UK because of its opted-out status. However, the effect of its provisions will be recognized by English law under the principles of international law* »²⁹⁸.

²⁹⁸ . *Practical Issues Arising from the Introduction of the Euro, Issue, N° 10, 14 Dec. 1998, 101*, cité par J.V. Louis, in M. Giovanoli, 2000, p. 158. J.V. Louis y défend un autre point de vue opposé. Cette question a été abordée par le règlement 2595/2000 (précité) qui modifie, non le règlement 974/98, mais le règlement initial 1103/97 concernant l'introduction de l'euro. Le considérant n°4 de ce règlement indique ainsi que ses dispositions « *devraient être, selon les principes généraux du droit, en particulier la reconnaissance de la loi monétaire, universellement reconnues comme faisant partie intégrante de la loi monétaire des États membres participants, ce qui renforcera la sécurité et la clarté du droit pour les agents économiques dans tous les États membres et dans les pays tiers* ».

En généralisant la problématique, l'enjeu de cette question résiderait dans la nature communautaire ou non des actes adoptés dans le cadre de troisième phase de l'UEM dans l'hypothèse où l'inapplication de ceux-ci aux non participants serait de nature « formelle », c'est à dire qu'elle reposerait sur un fondement constitutionnel, dans le traité lui même. C'est dans cette perspective que certains auteurs insistent sur le fait que ce sont les effets matériels des actes qui font parfois l'objet d'un statut particulier, et pas l'applicabilité des actes en tant que telle *dans* les États membres, qui reste générale. En relevant ainsi du droit communautaire, les juges des États qui n'ont pas adopté la monnaie unique resteraient en état de poser une question préjudicielle à la Cour de justice à l'égard de ces actes, et ceux-ci pourraient produire des effets de nature générale tels ceux résultant du principe de coopération sincère ²⁹⁹. C'est également cette crainte qui transparait chez J.V. Louis lorsqu'il souligne que l'inapplication du règlement n° 974/98 aux non participants résulte du domaine d'application matérielle de ce règlement, et non d'une question d'application territoriale ³⁰⁰, c'est à dire, selon notre terminologie, d'une différenciation matérielle, et non formelle du champ d'application interétatique.

Ces craintes présupposent, en somme, qu'à moins de considérer ces actes comme du droit communautaire inapplicable « matériellement » à certains États membres, ils devraient être considérées comme du droit international ou du droit étranger par les autorités administratives et judiciaires des États qui n'ont pas adopté la monnaie unique. Selon nous, le fait que l'inapplication « interétatique » de certains actes du Conseil trouve un fondement formel dans les traités n'implique pas que ces actes ne relèvent pas de l'acquis communautaire. Il est vrai que le mécanisme de la coopération renforcée tel qu'amendé par le traité de Nice prévoyait explicitement que

²⁹⁹ . C. Zilioli et M. Selmayr, précité, Hart Publishing, 2001, p. 154. Les auteurs vont même jusqu'à comparer ces actes à des directives non encore transposées.

³⁰⁰ . « It is clear that the content of the Regulation does not bind the United Kingdom and the other three opted-out states (entendez : the outs) precisely because they are not participating in EMU. However, this is not related to the *territorial* application but to the Regulation's domain of *material* application » (J.V. Louis, in M. Giovanoli, 2000, p. 158). V. dans le même sens, du même auteur, *CMLRev*, 1998, p. 66. V. aussi S. Baroncelli in J.V. Louis, *EUI WP*, Law 2000/9, p. 74. Se prononçant sur la question du champ d'application territorial du règlement n° 974/98, l'auteur affirme que « *it can be maintained that such regulation, being part of Community legal order, is applicable to all the states of the Union, notwithstanding their having a special status or derogation. This interpretation is preferable because it is more consonant to the legal Community principles, as it is standard of primary*

les actes adoptés par le Conseil en formation « réduite » au sein d'une coopération renforcée, qui ne s'appliquent pas aux non participants, ne faisaient pas partie de l'acquis communautaire. Toutefois, cette logique a été battue en brèche par le texte de la Constitution européenne qui a supprimé ce principe ³⁰¹.

Dès lors, la différenciation formelle du champ d'application interétatique ne pose pas en soi de problème. Ce qui est davantage problématique, c'est la juxtaposition voire la redondance des fondements du champ d'application qui peut s'avérer quelque peu incohérente, voire contradictoire. Car en effet, limiter dans le contenu même de l'acte son champ d'application interétatique ne suppose-t-il pas *a priori* que l'acte en question soit formellement applicable à tous les États membres ? Ou du point de vue inverse qui est plutôt le nôtre, limiter formellement le champ d'application des actes ne rend-il pas surabondant le fait que l'acte lui-même, dans son contenu, vise certains États membres en particulier ?

Par conséquent, il aurait été préférable de s'en tenir à un type de fondement seulement. La différenciation matérielle comporte l'avantage du pragmatisme, et également, nous l'avons vu, d'étendre automatiquement l'application des actes aux futurs participants, mais elle souffre d'un manque de sécurité juridique. D'autre part, cette technique paraît peu acceptable lorsqu'elle est le fait du Conseil dans sa formation « réduite » dont on peut douter qu'il puisse régler de façon discrétionnaire la question du champ d'application interétatique... La différenciation formelle aurait un caractère plus systématique. Elle serait sans doute plus appropriée pour un État comme le Royaume-Uni, voire le Danemark, dont le statut particulier n'est *a priori* pas transitoire. Elle paraît même devoir s'imposer dans les cas où le Conseil statue en formation « réduite ».

A cet égard le mécanisme général de la coopération renforcée aurait pu servir de modèle (s'il avait existé à l'époque) en précisant que chaque fois que le Conseil statue en formation « réduite », ses actes ne s'appliquent pas — entendez : formellement — aux États ne participant pas à la monnaie unique. Il aurait également fallu opérer une

law that a regulation is entirely applicable in all Member States and binding in its entirety, no matter the content of a contrary clause included in a simple secondary act »

³⁰¹. Sur cette question, v. Chapitre 7.

stricte correspondance entre les cas de formation « réduite » du Conseil et les cas d'inapplication des bases juridiques aux non participants, lesquelles constituent en quelque sorte le cœur du domaine de la coopération renforcée dans le cadre de l'UEM.

V. Coopération des États qui ont adopté l'euro en marge du cadre communautaire : l'*Eurogroupe*

L'« *Euro 11* », rebaptisé par la suite « *Eurogroupe* » afin de ne pas en fixer définitivement le nombre de participants ³⁰², est un organe informel composé des ministres des finances des États participant à la monnaie unique. L'idée sous-jacente, d'origine française, était de créer un embryon de « gouvernement économique » faisant contrepoids politique à l'indépendance de la BCE, et qui serait notamment chargé d'approfondir la coordination de leurs politiques économiques.

Malgré les réticences initiales des « exclus », redoutant notamment que le Conseil Ecofin ne devienne une chambre d'entérinement des décisions de l'*Euro 11* ³⁰³, le Conseil européen de Luxembourg du 13 décembre 1997 consacra l'existence de cette nouvelle enceinte informelle ³⁰⁴, tout en rappelant d'emblée que *dans tous les cas où une décision doit être prise, celle-ci l'est par le Conseil Ecofin selon les procédures fixées par le traité* ».

La résolution du Conseil européen convient dès lors que « *les ministres des États participant à la zone "euro" peuvent se réunir entre eux de façon informelle pour discuter de questions liées aux responsabilités spécifiques qu'ils partagent en matière de monnaie unique. La Commission ainsi que le cas échéant, la BCE, sont invitées à participer aux réunions. Chaque fois que des questions d'intérêt commun sont concernées, elles sont discutées par les ministres de tous les États membres* ». Il arrive effectivement que les non participants soient invités à participer aux

³⁰² . Cette dénomination a été acceptée unanimement par le Conseil des Quinze, Bulletin Quotidien Europe n° 7760, du 18 juillet 2000, pp. 7 et 8. Elle a été officialisée dans les conclusions du Conseil européen de Nice (7-9 décembre 2000).

³⁰³ . V. par exemple « Britain rejects EMU club proposal », *Financial Times*, 10 décembre 1997, p. 1, ou encore « Europe's single currency. An insiders' club », *The Economist*, 6 décembre, 1997, p. 34.

³⁰⁴ . Résolution du Conseil Européen du 13 décembre 1997 précitée, en particulier le paragraphe 6.

discussions de l'*Eurogroupe* lorsqu'ils traitent de « questions d'intérêt commun »³⁰⁵, ce qui revient à un Conseil Ecofin informel. Du reste, cette formation informelle devrait permettre ainsi de faciliter la concertation avec la BCE.

L'*Euro 11* s'est réuni pour la première fois le 4 juin 1998, à quelques encablures du début de la troisième phase de l'UEM³⁰⁶. Se réunissant, au début, pendant quelques heures précédant le Conseil Ecofin, les membres de l'*Eurogroupe* ont pris l'habitude de se rassembler un jour avant celui-ci afin de prolonger leur entrevue, ainsi que d'en faire publiquement état au cours d'une conférence de presse par l'entremise de la présidence, du commissaire compétent, et du président de la BCE. A cet égard, il est prévu de prolonger la présidence de l'*Eurogroupe* en cours de six mois lorsqu'elle devrait en principe incomber à un État membre non participant³⁰⁷. D'autres formules concernant la présidence ont également été envisagées, telle que la systématisation d'une période d'un an, la désignation d'un État membre du G7 à la vice-présidence, ou encore la mise en place d'une troïka ; mais les « petits » États membres s'y sont montrés réticents, craignant l'émergence d'un directoire³⁰⁸. Il faudra finalement attendre une réunion de l'*Eurogroupe* à Scheveningen, le 10 septembre 2004, pour que les ministres des finances de la zone euro se mettent d'accord sur une formule inspirée par projet de Constitution pour l'Europe. Ils ont ainsi élu comme président de l'*Eurogroupe* le premier ministre et ministre des finances luxembourgeois, J.C. Junker, pour une période de deux ans (1er janvier 2005 au 31 décembre 2006).

Les questions abordées par l'*Eurogroupe* concernent au premier chef la surveillance et le renforcement des politiques budgétaires³⁰⁹, conformément au pacte de stabilité et de croissance, notamment lors de l'examen des programmes de stabilité et de convergence, ou encore lors du déclenchement et du suivi de la procédure de déficit excessif (art. 104 TCE). L'*Eurogroupe* a joué un rôle de premier plan dans la réforme elle-même du Pacte de stabilité et de croissance³¹⁰, ce qui n'a d'ailleurs pas manqué

³⁰⁵ . Ce fut apparemment le cas en septembre 1998, Rapport Ecofin du sommet de Vienne de décembre 1998, précité, Annexe, point 6.

³⁰⁶ . J. Quatremer, « Euro 11, deux ans », Libération, lundi 5 juin 2000.

³⁰⁷ . La pratique s'est avérée différente. Par exemple, lorsque la Suède a obtenu la présidence du Conseil au début 2001, c'est la présidence suivante, en l'occurrence belge, qui a pris les commandes de l'*Eurogroupe*, au lieu de prolonger la présidence française.

³⁰⁸ . J. Quatremer, « L'euro devient aussi l'affaire des politiques », Libération, mardi 18 juillet 2000.

³⁰⁹ . En ce sens, v. la déclaration du Conseil Ecofin du 1er mai 1998, précitée.

³¹⁰ . V. *supra*. L'*Eurogroupe*, puis le Conseil Ecofin, s'est mis d'accord le 20 mars 2005 à Bruxelles.

de créer quelque tensions avec le Conseil Ecofin qui s'était élargi aux dix nouveaux États membres. L'*Eurogroupe* a également pris l'habitude de préparer les grandes orientations de politique économique spécifiques à la zone euro, ainsi que d'examiner régulièrement la situation économique générale, notamment en période de crise comme la flambée des prix du pétrole ³¹¹.

Il aborde également d'autres questions telles que certains aspects pratiques liés à l'introduction de l'euro ³¹², l'évolution du taux de change, ou encore les positions des balances de paiement courant, l'évolution des marchés des capitaux ³¹³ ou encore des produits pétroliers ³¹⁴. L'agenda de l'*Eurogroupe* tend à s'élargir à de nouvelles questions connexes, davantage « structurelles »³¹⁵, telles que la politique de l'emploi, politique fiscale, régime des pensions, politique des revenus, promotion des industries *high tech*, affectation des recettes provenant des licences de téléphonie mobile UMTS, etc.

Enfin, nous y reviendrons, l'*Eurogroupe* et sa présidence joue un rôle croissant dans la représentation de la Communauté, ou plus précisément de la zone euro sur la scène internationale.

De la sorte, l'*Eurogroupe* traite aussi bien de questions ne relevant pas de la compétence de la Communauté, à l'instar de la méthode ouverte de coordination, que de questions relevant de sa compétence, ou pouvant à tout le moins faire l'objet d'une décision du Conseil dans sa formation pleine, voire dans sa formation « réduite ». Même dans ce dernier cas, nonobstant la suspension du droit de vote, compte tenu de la présence et de la participation aux travaux des non participants, l'*Eurogroupe* constitue un lieu « d'intimité » jugé nécessaire pour préparer la prise de décision.

³¹¹ . *Eurogroupe* du 9 septembre 2005 à Manchester.

³¹² . Par exemple, plus récemment, à propos des modifications à apporter à la face commune des pièces en euro suite au dernier élargissement, ainsi que des lignes directrices pour le façonnage des faces nationales de ces pièces (*Eurogroupe* du 6 juin à Luxembourg).

³¹³ . Recommandation 00/517/CE du Conseil du 19 juin 2000 concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté, *J.O.* n° L 210 du 21/08/2000, p. 1, fin du point 1.

³¹⁴ . V. par exemple le Communiqué de l'*Eurogroupe* du 8 septembre 2000, Versailles, site internet Europa.

³¹⁵ . Ainsi que le souligne les conclusions du Conseil européen de Nice, précitées.

Mutatis mutandis, l'avenir dira si la mise sur pied de coopérations renforcées donnera lieu à un phénomène similaire, ou ne sera pas réfrénée par la présence systématique des non participants autour de la table. Une telle perspective serait paradoxale dès lors que le mécanisme en question avait principalement pour objectif, nous l'avons déjà indiqué, d'éviter les coopérations hors traité ou de les réintégrer dans le cadre de l'Union.

Quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'*Eurogroupe* affecte le processus de décision prévu par le traité ³¹⁶, il n'est pas impossible que son influence soit davantage remise en cause dans une Union dont le nombre des participants à la monnaie unique se retrouve inférieur à la moitié.

VI. Les nouveaux aménagements effectués dans la Constitution européenne

Les dispositions des traités actuels concernant l'UEM ont fait l'objet d'une profonde restructuration, grâce notamment aux travaux du groupe des six experts désignés par les services juridiques du Conseil, de la Commission et du Parlement européen, qui assista le Praesidium de la Convention et son Secrétariat ³¹⁷.

Ainsi, plusieurs dispositions transitoires du TCE concernant l'UEM jugées obsolètes ont été supprimées, tandis que d'autres ont été refondues, dans la Constitution, dans une section du chapitre relatif aux dispositions transitoires. On notera en particulier que l'article 122 du TCE relatif aux États membres faisant l'objet d'une dérogation se retrouve en substance aux articles III – 197 et III – 198, §§ 1 et 2 de la Constitution. Concernant l'article 123 du TCE, les §§ 3 et 5 ont été maintenus et adaptés, respectivement aux articles III – 199, § 1 et III – 197, § 3, tandis que l'article 123 § 4 a été transformé en une base juridique stable relative à « l'usage de l'euro », à l'article III – 191.

³¹⁶ . En ce sens, v. C. Zilioli et M. Selmayr, précité, 2001, p. 150.

³¹⁷ V. le document CONV 618/03/ADD 1 du 20 mars 2003, sur base du mandat conféré par le Praesidium (CONV 529/03 du 6 février 2003). Sur l'évolution des travaux de la Convention, puis de la CIG, v. H. Bribosia, « La politique économique et monétaire » in *Genèse et destinée de la Constitution européenne...*, précité, 2007, pp. 663 à 685.

La logique qui a présidé à la restructuration de ces dispositions transitoires est la suivante. L'article III – 197 définit la notion d'« *État membre faisant l'objet d'une dérogation* » et vise les dispositions de la Constitution qui leur sont inapplicables, ainsi que les implications institutionnelles relatives au Conseil ³¹⁸. L'article III – 198 concerne la participation ultérieure de ces États, ou plus précisément, l'abrogation des dérogations ³¹⁹. L'article III – 199 concerne les relations avec ces États dans le cadre de la BCE ³²⁰. Enfin, les articles III – 200 à 202 établissent des dispositions concernant spécifiquement les États non participants ³²¹.

La restructuration du chapitre relatif à l'UEM a également donné lieu à la création d'une nouvelle section qui précède celle relative aux dispositions transitoires, et qui vise les « *dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro* » (Articles III – 194 à 196). Cette nouvelle section trouve son origine dans les travaux de la Convention ³²². Outre qu'elle se réfère au protocole sur *l'Eurogroupe*, cette section a principalement pour objet de viser des nouveaux cas où seuls les membres du Conseil représentant des États participants à la monnaie unique prennent part au vote, autrement dit où le Conseil statue en formation « réduite ». Elle a été notablement clarifiée ³²³ et revue « à la hausse » par la CIG, le fait vaut d'être souligné... Pourtant, d'un point de vue conceptuel, la raison de cette nouvelle section n'est guère évidente. Les dispositions qui y figurent ne sont pas moins transitoires que celles figurant dans la section suivante sur les dispositions transitoires. D'ailleurs, il existe une certaine redondance dans ces deux sections. Ce sont dès lors principalement des raisons de visibilité politique qui expliquent la création de cette nouvelle section durant les travaux de la Convention.

³¹⁸ . Refonte de l'article 122 du TCE, sauf le § 2.

³¹⁹ . Refonte des articles 121, § 1, 122, § 2 et 123, § 5 du TCE.

³²⁰ . Refonte des articles 123, § 3 et 117, § 2 du TCE.

³²¹ . Refonte, respectivement des articles 124, § 1, 119 et 120 du TCE.

³²² . Lors de la dernière ligne droite de la Convention, le Praesidium introduisit cette nouvelle section contenant des « *provisions specific to members of the Eurozone* » (CONV 805/03, 11 June 2003, p. 4, repris dans le CONV 802/03 du 12 juin 2003). Celle-ci se limitait dans un premier temps à dupliquer certaines dispositions transitoires, à se référer au nouveau protocole sur *l'Eurogroupe*, et à y placer une nouvelle base juridique concernant la représentation extérieure. Sous l'impulsion du Président de la Convention, une nouvelle version tendait à renforcer légèrement le champ d'action du Conseil agissant dans sa formation « réduite » aux participants à l'euro, mais dans une formulation juridique peu opérationnelle. La version finale sera rédigée dans le document CONV 847/03 du 8 juillet 2003, p. 43 (*comp.* aussi avec CONV 836/03 du 27 juin 2003, p. 45.)

³²³ Notamment grâce aux travaux des juristes de la CIG, v. CIG 50/03, p. 125.

On notera déjà à cet égard que la formulation du titre de cette nouvelle section, qui se retrouve aussi dans ses dispositions, se réfère de façon positive aux « États membres dont la monnaie est l'euro »³²⁴, et non plus de façon négative aux « États faisant l'objet d'une dérogation » comme dans la section du TCE sur les dispositions transitoires, ce qui accrédite davantage l'idée d'une coopération renforcée qui n'est en soit pas nécessairement temporaire. Il s'agit là d'un changement d'optique parmi d'autres qui rapprochent quelque peu la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté l'euro du mécanisme général de la coopération renforcée.

Dans les lignes qui suivent, nous analyserons en détail ces nouveaux cas soumis au Conseil statuant en formation « réduite ». Nous examinerons ensuite les changements terminologiques afférant à la définition du Conseil statuant en formation « réduite » ainsi que l'adaptation du vote à majorité qualifiée. Nous terminerons par quelques observations sur le protocole sur l'*Eurogroupe*.

A. Nouvelles bases juridiques soumises au Conseil en formation réduite

Les nouveaux cas de vote au Conseil en formation « réduite » concernent l'adoption de « mesures concernant les États membres dont la monnaie est l'euro », « conformément à la procédure pertinente parmi celles visées aux articles III – 179 et III – 184 »³²⁵. Sont ainsi visées, respectivement, la procédure de coordination des politiques économiques et de surveillance multilatérale (article 99 du TCE) et la procédure des déficit excessifs (article 104 du TCE). Ces mesures sont destinées, respectivement, d'une part à « élaborer, en ce qui les concerne, les orientations de politiques économiques, en veillant à ce qu'elles soient compatibles avec celles qui sont adoptées pour l'ensemble de l'Union, et en assurer la surveillance », et d'autre part à « renforcer la coordination et la surveillance des politiques budgétaires ».

Le caractère toujours imprécis de cette disposition est à l'image de la sensibilité politique qui a marqué sa rédaction, à commencer dès le stade de la Convention. Pour

³²⁴ Une expression intermédiaire, mais finalement abandonnée, fut « les Etats membres qui ont adopté l'euro ».

³²⁵ . Article III – 194 de la Constitution.

comprendre quelles sont ces « procédures pertinentes » au cours desquelles le Conseil statue en formation « réduite », il convient de se reporter aux dispositions transitoires qui répertorie de façon exhaustive les cas soumis à la procédure de vote au Conseil en formation « réduite », notamment concernant les articles correspondant aux articles 99 et 104 du TCE.

Ainsi, dans le cadre de la procédure de coordination des politiques économiques et de la surveillance multilatérale, les États participants à la monnaie unique décident seuls, au sein du Conseil en formation « réduite », pour adopter les parties des GOPE qui concernent la zone euro d'une façon générale³²⁶. Ils en font de même pour émettre des recommandations adressées à l'un d'eux qui n'aurait pas conformé sa politique aux GOPE, ou plus précisément « dans le cadre de la surveillance multilatérale, y compris sur les programmes de stabilité et les avertissements »³²⁷. Dans ce dernier cas (nous avons déjà évoqué cette innovation) l'État mis sur la sellette, lui aussi, est exclu du vote au sein du Conseil.

Dans le cadre de la procédure de déficits excessifs, le Conseil statue en formation « réduite » lorsqu'il s'agit plus précisément « des moyens contraignants de remédier aux déficits excessifs »³²⁸, comme c'est déjà le cas actuellement³²⁹, ainsi que des autres mesures relatives aux déficits excessifs concernant les États membres appartenant à la zone euro, à savoir les étapes préalables de la procédure lorsque l'État mis sur la sellette est un État participant à la monnaie unique³³⁰ : constatation du déficit excessif et recommandation à l'État membre concerné³³¹, publicité de cette recommandation³³², retrait de ces décisions, y compris celles relatives aux sanctions³³³. Notons également que la référence, dans l'article III – 197, § 4, b), à l'article III – 184, § 7 indique que l'Etat concerné par les différents stades de la procédure suivant la constatation du déficit excessif ne peut participer au vote du Conseil agissant en

³²⁶ Sur base de l'article III – 179, § 2 (correspondant à l'article 99, § 2 du TCE) - Article III – 197, § 2, a) de la Constitution.

³²⁷ Sur base de l'article III – 179, § 4 (correspondant à l'article 99, § 4 du TCE) - Article III – 197, § 4, a) de la Constitution.

³²⁸ Sur base de l'article III – 184, §§ 9 et 10 (correspondant à l'article 104, §§ 9 et 11 du TCE) - Article III – 197, § 2 b) de la Constitution

³²⁹ Article 122, §§ 3 et 5 TCE, en ce qu'il se réfère à l'article 104, §§ 9 à 11.

³³⁰ Article III – 197, § 4, b) de la Constitution.

³³¹ Article III – 184, § 6 (correspondant à l'article 104, §§ 6 et 7 du TCE).

³³² Article III – 184, § 8, (correspondant à l'article 104, § 8 du TCE).

formation « réduite » (comme dans les traités actuels)³³⁴. La formation du Conseil est donc réduite à deux titres.

D'autre part, le recours au Conseil en formation « réduite » est également de mise pour établir des positions communes dans la sphère internationale afin d'y assurer la place de l'euro, ainsi que pour y assurer une représentation unifiée de la zone *euro*³³⁵. Il s'agit là de dispositions nouvelles mais qui s'inspirent en fait largement de l'article 111, § 4 du TCE qu'elles remplacent³³⁶, et qui trouvent leur origine dans le projet final de la Convention³³⁷.

De la sorte, les nouveaux cas prévus dans la section relative aux dispositions transitoires qui donnent lieu à une suspension du droit de vote des non participants à la monnaie unique sont déjà présentés ou introduits de façon générale dans la nouvelle section IV consacrées aux « dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro ». D'où l'impression d'une certaine redondance. On mentionnera toutefois encore la procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres (qui n'est pas mentionnée dans la nouvelle section). Un compromis a été trouvé sur cette question afin que le Conseil, qui continuera de statuer en formation normale, se prononcera sur base d'une recommandation formulée par le Conseil en formation « réduite »³³⁸. En cela, la procédure se rapproche de celle relative à la participation ultérieure d'un État membre à une coopération renforcée³³⁹.

Pour le reste, on observera que la restructuration, et parfois la duplication de ces dispositions peuvent affecter le lien qui existe entre les cas où le Conseil statue en

³³³ Article III – 184, § 11 (correspondant à l'article 104, § 12 du TCE).

³³⁴ C'est également le cas pour l'étape relative à la constatation de l'existence d'un déficit excessif (ce qui constitue une innovation), dès lors que référence est aussi faite à l'article III – 184, § 6.

³³⁵ Article III – 196, §§ 1 et 2, lesquels sont réitérés aux articles III – 197, § 2, i) et j).

³³⁶ J.V. Louis souligne deux différences, (précité, 2005, p. 272). D'une part, la réserve expresse de compétence internationale en faveur des États concernant leur politique économique, et la BCE en matière monétaire, a disparu. D'autre part, une distinction apparaît entre l'établissement de positions communes (obligatoire) et les mesures relatives à une représentation unifiée, qui dont le caractère devient davantage facultatifs, ce que d'aucuns jugeront regrettables.

³³⁷ Article III – 90 (CONV 850/03). *Comp.* la version initiale du texte, sensiblement différente (article 85 quarter, CONV 802/03 du 12 juin 2003) que J.V. Louis explique par le fait que dans la pratique, l'article 111, § 4 du TCE n'a jamais été appliqué, dès lors que c'est l'Eurogroupe qui était habilité à préparer les réunions internationales (précité, 2005, p. 272). La CIG est venue compléter le dispositif de l'article III – 91, § 2, devenu III – 196, § 2, points i) et j) dans la Constitution.

³³⁸ Article III – 198, § 2, alinéa 2.

³³⁹ V. Chapitre 5. Dans le même sens, v. aussi l'article 40 B du TUE.

formation restreinte et la différenciation du champ d'application des bases juridiques. Ainsi, les nouveaux cas de formation « réduite » du Conseil envisagés à l'article III – 197, § 4 de la Constitution ne correspondent pas à l'inapplication d'une base juridique correspondante à certains États membres. Les autres nouveaux cas (prévus dans la nouvelle section IV) ne le sont que de par leur duplication dans les dispositions transitoires.

Enfin, aucune mesure n'a été prise pour systématiser davantage la problématique du champ d'application interétatique des actes du Conseil adoptés dans le cadre de la troisième phase de l'UEM. Ni d'ailleurs pour remédier à un certain nombre d'incohérences, notamment concernant le champ d'application de certaines bases juridiques de la Constitution et son équivalent dans les statuts³⁴⁰.

B. Définition du Conseil statuant en formation « réduite » et adaptation du vote à la majorité qualifiée

Pour se référer au Conseil lorsqu'il est appelé à statuer dans sa formation « réduite » aux États membres qui ont adopté l'euro, la Constitution utilise principalement, comme dans les traités actuels, la formule selon laquelle « les droits de vote ... (des non participants) sont suspendus »³⁴¹, ou indique que le Conseil « statue à la majorité qualifiée (ou l'unanimité) des membres représentant les États membres dont la monnaie est l'euro »³⁴². Dans tous ces cas, il semble que l'on est pas voulu remettre en question la participation aux délibérations du Conseil par les États membres n'appartenant pas à la zone euro³⁴³.

En revanche, dans la nouvelle section relatives aux « *dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro* »³⁴⁴, la Constitution utilise une formule

³⁴⁰ . V. par exemple l'article 110, 6 3 du TCE.

³⁴¹ V. par exemple l'article III – 197, § 4.

³⁴² . Article III – 198, §§ 2 et 3.

³⁴³ Il est un autre cas de formation « réduite » déjà évoqué ci-dessus, lorsque seul un Etat membre est exclu de la procédure dont il est l'objet. Dans ces cas, la Constitution indique que le « Conseil statue sans tenir compte du vote du membre du Conseil représentant l'Etat concerné » (articles III – 179, § 4, et III – 184, §§ 6 et 7), tandis que le TCE se réfère à une suspension du droit de vote. Ici non plus, la participation aux délibérations de tous ne semble pas remise en cause.

³⁴⁴ Une expression intermédiaire, mais finalement abandonnée, fut « les États membres qui ont adopté l'euro ».

différente, identique à celle retenue pour définir le Conseil agissant au sein d'une coopération renforcée : seuls les États participants à la monnaie unique « prennent part au vote »³⁴⁵. Toutefois, rien est indiqué concernant la participation aux délibérations du Conseil, ce qui, par un argument *a contrario* du mécanisme de la coopération renforcée, pourrait exclure une telle présence (comme c'est peut-être aussi le cas pour la coopération structurée permanente, v. *supra*).

D'autre part, la définition de la majorité qualifiée au Conseil lorsqu'il statue en formation « réduite » doit faire l'objet d'une adaptation. Dans les traités actuels, cette adaptation consiste en la majorité des deux tiers des voix pondérées³⁴⁶. La Constitution, en revanche, transpose de façon proportionnelle la nouvelle définition de la majorité qualifiée (double majorité) en fonction du nombre de votants au sein du Conseil en formation « réduite ». Elle s'aligne de la sorte sur la méthode d'adaptation prévue pour le mécanisme général de la coopération renforcée dans les traités en vigueur, et qui a été reprise dans la Constitution. Et ce, quelle que soit au demeurant la formule retenue pour se référer à la formation « réduite ». La formule des « deux tiers », qui avait pour objectif de réduire le seuil majoritaire dans un cercle d'États plus réduit, est donc abandonnée.

On notera cependant que cette transposition de la définition du vote majoritaire n'a pas fait l'objet d'une clause générale dans le cadre de l'UEM, contrairement au mécanisme général de la coopération renforcée³⁴⁷. Cette absence de généralisation, tant de la définition du Conseil agissant en formation « réduite », que de l'adaptation corrélative de la définition du vote majoritaire, est à l'image de la tendance qui s'est dessinée lors du processus constitutionnel de ne pas remettre de l'ordre dans cette matière jugée trop compliquée, et trop sensible.

³⁴⁵ V. les articles III – 194, § 2 et III – 196, § 3.

³⁴⁶ V. notamment l'article 122, § 5 du TCE.

³⁴⁷ Ainsi la formule apparaît à l'article III – 197, § 4, mais aussi aux articles III – 194, § 2, III – 196, § 3. Elle apparaît également aux articles III – 179, § 4, III – 184 § 6 et III - 184, § 7, avec la modalité que l'État visé par la décision en question ne prend pas part à la procédure de décision (mais sans doute de façon erronée en ce qu'ils se réfèrent à la population des États membres *participants*, v. *supra*) . Inversement, dans le vote majoritaire prévu à l'article III – 198, § 2 concernant la recommandation du Conseil en formation « réduite » relative à la participation ultérieure, la voix de l'État membre concerné est prise en compte.

C. Le protocole sur l'*Eurogroupe*

Suite à une initiative franco-allemande durant la Convention³⁴⁸, le traité constitutionnel comporte un protocole sur l'*Eurogroupe*, auquel se réfère expressément l'article III – 195 de la Constitution. L'objet de ce protocole consiste en quelque sorte à reconnaître « formellement » l'existence de cette enceinte informelle dont l'existence avait été actée lors du Conseil européen du 13 décembre 1997. Cette enceinte est justifiée par le désir de « *développer une coordination sans cesse plus étroite des politiques économiques dans la zone euro* », afin de « *favoriser les conditions d'une croissance économique plus forte dans l'Union européenne* ».

L'*Eurogroupe* est ainsi confirmé comme lieu de discussion, voire de préparation à la décision du Conseil (ou du Conseil en formation « réduite », afin d'éviter la présence des non participants aux délibérations), et non de décision. Outre les Ministres des finances des Etats membres concernés qui s'y rencontrent, la Commission participe de droit à ses réunions, tandis que le Président de la BCE peut y être invité. Le protocole tâche également de renforcer le rôle de l'*Eurogroupe* en faisant élire un président par ses pairs pour une période de 2 ans et demi, sans toutefois lui reconnaître aucun pouvoir spécifique, et notamment pas les responsabilités qu'il exerce déjà pourtant dans la pratique actuelle en matière de représentation extérieure de la zone euro³⁴⁹. L'on sait que ce dispositif a été anticipé par la désignation de Jean-Claude Juncker comme président de l'*Eurogroupe* à partir du 1er janvier 2005 pour une période de deux ans.

D. Évaluation des aménagements de la Constitution

Les dispositions relatives à la politique économique et monétaire ont fait l'objet d'une profonde refonte, et dans une certaine mesure, d'une remise à jour. Les références à l'euro comme monnaie de l'Union, à l'*Eurogroupe* et à l'*Eurosystème* y contribuent, tout comme l'institutionnalisation de la BCE. Sur le fond, à la faveur des demandes

³⁴⁸ Contribution conjointe franco-allemande sur la gouvernance économique, CONV 470/02 du 22 décembre 2002 (CONTRIB 180)

³⁴⁹ D'aucuns voient dans cette présidence stable un élément susceptible de changer profondément la perception de la zone euro, et n'excluent pas que la fonction puisse évoluer en une fonction à temps plein (E. de Poncins, précité, 2005, p. 228).

franco-allemande, l'autonomie des Etats membres de l'*Eurogroupe* dans la coordination de leurs politiques économiques et budgétaires a été significativement renforcée, ou à tout le moins précisée³⁵⁰.

A cet égard, on observera avec intérêt un certain rapprochement du système de différenciation dans l'UEM et du mécanisme de la coopération renforcée. Tout d'abord, la nouvelle section relatives aux « *dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro* » est formulée de façon positive, plutôt qu'en terme de dérogation. Plus généralement, les « dispositions particulières » sont celles qui s'appliquent *aux États membres dont la monnaie est l'euro*, et pas aux autres³⁵¹. Ensuite, la définition du Conseil agissant dans sa formation « réduite » et l'adaptation du vote majoritaire qui en résulte s'alignent sur le mécanisme de la coopération renforcée. On observe un même rapprochement concernant la procédure relative à la participation ultérieure d'autres États membres. Enfin, certains seront tentés de tirer argument du fait de ne pas avoir repris l'UEM dans les objectifs de l'Union pour n'y voir qu'un objectif d'une coopération renforcée³⁵².

En revanche, l'on pourra regretter un certain manque de systématisation concernant le chapitre relatif à la politique économique et monétaire. Un bon nombre de dispositions continuent d'être dupliquées dans les statuts du SEBC, et pas toujours de façon cohérente, tandis que l'articulation entre la nouvelle section propre aux Etats membres dont la monnaie est l'euro et la section sur les dispositions transitoires n'est pas un exemple de clarté. On a également observé un manque de généralisation dans la définition du Conseil agissant en formation « réduite » ainsi que pour l'adaptation de la définition du vote à la majorité qualifiée dans ce cadre. Dans le même ordre d'idées, aucune mesure n'a été prise pour systématiser davantage la problématique du champ d'application des actes du Conseil, en particulier ceux qui sont adoptés par le Conseil en formation « réduite », ce qui donne lieu à pas mal de confusion dans la

³⁵⁰ La précision du nouveau régime, qui ne variera quasiment plus jusqu'à la fin de la CIG, trouve son origine dans le document CIG 52/03 ADD 1 précédant la réunion de Naples, précité, p. 17 (annexe 13).

³⁵¹ Article I – 15, § 1, v. *supra*.

³⁵² Sur les arguments contraires, v. J.V. Louis, précité 2005, p. 266, qui évoque notamment l'engagement des nouveaux Etats membres dans le traité d'adhésion d'Athènes, ainsi que la signification des dispositions *transitoires*.

pratique³⁵³. Ici encore, ni la Convention ni la CIG n'ont osé s'aventurer sur ce terrain délicat.

CHAPITRE 22. — AMÉNAGEMENTS CONSTITUTIONNELS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » AU SEIN DU SYSTÈME EUROPÉEN DE BANQUES CENTRALES (SEBC)

Formellement, le SEBC³⁵⁴ est composé de la BCE et des banques centrales de tous les États membres³⁵⁵, y compris celles relevant des États qui ne participent pas à la troisième phase de l'UEM. Il en va ainsi car, mis à part le Royaume-Uni qui jouit d'un statut particulier sur ce point³⁵⁶, tous les États membres de l'Union ont souscrit à l'objectif d'une monnaie unique, du moins à terme, et c'est « la politique monétaire de la Communauté » que le SEBC est appelé à définir et mettre en œuvre³⁵⁷. Tous ont pris part à la création du système auxquels ils sont susceptibles un jour de participer pleinement. En effet, les statuts du SEBC ont été, à l'instar du titre VII du TUE sur l'UEM, agréés et ratifiés par l'ensemble des États membres. Certaines de ses dispositions sont d'ailleurs modifiables par le Conseil en formation « pleine »³⁵⁸, (statuant à l'unanimité ou la majorité selon les cas, au terme d'une procédure de révision autonome ne faisant pas intervenir les parlements nationaux). Parmi les dispositions des statuts, bon nombre sont d'emblée applicables aux non participants, notamment celles relatives au Conseil général qui associe tous les États membres au fonctionnement de la BCE. Enfin, la majeure partie de la législation complémentaire des statuts est également adoptée, et modifiable, au sein du Conseil (statuant à la

³⁵³ C. Zilioli, M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, pp. 151 et s.

³⁵⁴. Sur la structure organisationnelle du SEBC, v. C. Zilioli et M. Selmayr, *Euredia*, 1999/2, p.190 et s. Les auteurs montrent que le SEBC, qui n'a pas de personnalité juridique, est dirigé de façon centralisée par les organes de décisions de la BCE, laquelle détient la personnalité juridique (v. en particulier p. 202). Les Banques centrales nationales sont notamment les « operating arms » de la BCE, ce qui permet de les qualifier, dans une optique de dédoublement fonctionnel, d'agents de la BCE (*idem*, p. 216 et s., en particulier p. 219). V. aussi l'orientation de la BCE 2000/1 du 3 février 2000 concernant la gestion des avoirs de change (citée *infra*) qui définit le « statut de mandataires des BCN » (article 2).

³⁵⁵. Article 107, § 1 du TCE, article 1.1 des statuts du SEBC.

³⁵⁶. V la référence, au point 5 du protocole « britannique », à l'article 4 du TCE.

³⁵⁷. Article 105, § 2 du TCE.

³⁵⁸. Article 107, § 5 du TCE. V. sur ce point la critique de J.V. Louis, précité, *CMLRev*, 1998, p. 65.

majorité qualifiée) en formation « pleine »³⁵⁹, fût-ce en prévoyant souvent un régime différencié pour les non participants, nous y reviendrons.

Si formellement donc, le SEBC se compose de toutes les banques centrales, seules les Banques nationales des États membres participant en « *font parties intégrantes et agissent conformément aux orientations et aux instructions de la BCE* »³⁶⁰.

En effet, les objectifs principaux du SEBC (stabilité des prix, soutien aux politiques économiques générales dans la Communauté), encore qu'il y ait quelque ambiguïté à cet égard³⁶¹, tout comme ses missions essentielles (politique monétaire, opérations de change, détention et gestion des réserves officielles de change des États membres, ...) et son rôle dans le contrôle prudentiel des établissements de crédit ne s'imposent pas aux non participants³⁶². Ceux-ci sont seulement tenus de traiter leur politique de change comme un problème d'intérêt commun, à l'instar de la façon dont devaient coopérer tous les États membres jusqu'au début de la troisième phase, en tenant compte des « expériences acquises grâce à la coopération dans le cadre du système monétaire européen »³⁶³. Certains d'entre eux renforceront cette coopération au sein d'un nouveau mécanisme de taux de change 2 (MTC 2), à l'instar de leur coopération concernant les systèmes de paiement au sein du système TARGET³⁶⁴. D'une manière plus générale, les non participants devront veiller à ne porter préjudice à ce que d'aucuns ont nommé « l'intégrité du système »³⁶⁵.

De même, les banques centrales des États membres non participants « *conserveront leurs compétences dans le domaine de la politique monétaire, conformément au droit national* »³⁶⁶. Pour le Royaume-Uni, il est pareillement indiqué qu'il « *conserve ses*

³⁵⁹ . Article 107, § 6 du TCE et son équivalent dans les statuts du SEBC, l'article 42.

³⁶⁰ . Article 14.3 des statuts du SEBC.

³⁶¹ . L'article 2 des statuts du SEBC, au contraire de son *alter ego* du TCE (article 105, § 1), n'est pas rendu inapplicable aux non participants.

³⁶² . V. la référence, dans l'article 122, § 3 du TCE, à l'article 105, §§ 1, 2, 3, 5 du TCE. En revanche, le Conseil, statuant à l'unanimité de *tous* ses membres peut confier des missions à la BCE liées au contrôle prudentiel d'établissements financiers, y compris donc ceux établis dans les États membres ne participant pas à la monnaie unique (105, § 6 du TCE).

³⁶³ . Article 124 du TCE. Protocole « britannique », point 6.

³⁶⁴ . Sur ces deux mécanismes, v. *infra*.

³⁶⁵ . Sur ce concept, par analogie avec l'article 10 du TCE consacrant le principe de « coopération loyale », v. C. Zilioli et M. Selmayr, précités, *Euredia*, 1999/2, p. 221

³⁶⁶ . Article 43.2 des statuts du SEBC

pouvoirs dans le domaine de la politique monétaire, conformément à son droit national »³⁶⁷.

Concernant la structure financière de la BCE, les non participants sont visés par la clé relative à la souscription du capital, mais ils ne libèrent pas le capital souscrit, sauf si le Conseil général décide qu'un pourcentage limité soit libéré à titre de participation aux frais de fonctionnement de la BCE³⁶⁸. Ainsi, la BCE a décidé que les banques nationales des États membres non participants libéreraient leur part dans le capital souscrit à concurrence de 5%³⁶⁹, au terme d'une des rares procédures de décision à proprement parler au sein du Conseil général (v. *infra*). En outre, seules les banques centrales des États participant à la monnaie unique sont concernées par le transfert de réserves de change à la BCE et prennent part à la répartition du revenu monétaire.

Dans un souci de transparence vis-à-vis de l'extérieur, la partie opérationnelle du SEBC qui associe la BCE, ou plus précisément ses organes de décision³⁷⁰, aux Banques centrales des États membres participant à la monnaie unique a reçu, du Conseil des Gouverneurs, la dénomination informelle d' *Eurosystème*³⁷¹. Depuis lors, l'expression est courante dans la réglementation issue de la BCE sans qu'elle ne comporte en soi une signification juridique. Elle est maintenant consacrée à l'article I – 30 de la Constitution.

Dans les lignes qui suivent, nous examinerons plus en détail les aménagements constitutionnels du SEBC résultant de la différenciation des États membres entre ceux qui ont adopté la monnaie unique et les autres. Tout comme le cadre communautaire, ces aménagements ont trait à la différenciation interétatique du champ d'application d'un certain nombre de dispositions des statuts du SEBC, à la participation restreinte

³⁶⁷ . Protocole « britannique » , point 4.

³⁶⁸ . Article 48 des statuts du SEBC et, article 9, c) du protocole « britannique » précité.

³⁶⁹ . Décision de la BCE du 1er décembre 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la BCE par les banques centrales des États membres non participants (BCE/1998/14)

³⁷⁰ . En ce compris donc le Conseil général, v. C. Zilioli et M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, précité, 2001, p. 167.

³⁷¹ . ECB *Monthly Bulletin*, January 1999, p.7. Sur ce point, v. C. Zilioli et M. Selmayr, *Euredia*, 1999/2, p. 228. L' *Eurosystème* n'est pas une nouvelle entité juridique (même si *de facto*, il a ses propres organes de décision, le Conseil des gouverneurs et le Directoire, v. *infra*). Comp. avec l'expression *Eurogroupe* qui désigne le Conseil informel des participants à la monnaie unique, qui agit en marge des institutions communes, v. *infra*. Sur le sujet, v. aussi E. de Lhoneux., « The

des non participants dans les organes de décision de la BCE, et dans le champ d'application différencié des actes adoptés par ceux-ci. Ces aménagements résultent, pour l'essentiel des articles 43 à 48 et 53 des statuts du SEBC.

Nous aurons l'occasion de constater que le degré de différenciation est beaucoup plus poussé dans le cadre du SEBC que dans le cadre communautaire. Le SEBC est en effet le lieu où s'exerce par excellence « la coopération renforcée » en matière de politique monétaire qui ne concerne pas ceux qui ont conservé leur souveraineté en la matière. Le cadre communautaire, dont le caractère uniforme est davantage conservé, constitue en quelque sorte la superstructure de cette coopération renforcée.

I. Différenciation du champ d'application « interétatique » de certaines dispositions des statuts du SEBC

A l'instar du titre VII du TCE, les statuts du SEBC visent un certain nombre de dispositions qui, le cas échéant, soit « *ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation* » aux États qui n'ont pas adopté la monnaie unique, soit ne visent que les États participants ou leur Banque centrale (v. les articles 43.1, 43.3 et 43.4 des statuts)³⁷².

La formulation utilisée pour le Royaume-Uni est similaire (« *ne s'appliquent pas* »), si ce n'est que le protocole « britannique » précise à nouveau que, dans les statuts, toutes les références à la Communauté « *ne concernent pas le Royaume-Uni* »³⁷³. En outre, d'autres dispositions des statuts du SEBC ne sont rendues inapplicables qu'au Royaume-Uni et à la Banque d'Angleterre, ou encore font l'objet d'un régime spécifique au profit de cet État.

Eurosystem » in ECB, *Legal Aspects of the European System of Central Banks, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, précité, 2005, p. 161.

³⁷² . De même faut-il entendre, aux articles 10.3 et 33.1 des statuts, par « actionnaire », la banque centrale d'un État membre participant, et aux articles 10.3 et 30.2, par « capital souscrit », le capital souscrit de la BCE souscrit par une banque centrale d'un État membre participant (article 43.5 et 43.6 des statuts).

³⁷³ . Point 8. *Comp.* point 5.

A la différence du TCE dont seul un nombre peu élevé de disposition connaissent un champ d'application différencié, plus de la moitié des dispositions des statuts du SEBC ont un champ d'application aménagé.

Les dispositions des statuts qui sont applicables à tous les États membres, participant ou non à la troisième phase de l'UEM, correspondent donc à celles qui n'ont pas expressément été rendues inapplicables aux non participants. Elles sont globalement de deux types. Soit il s'agit de dispositions de type organique ou relatives au fonctionnement interne du SEBC, qui *de facto*, n'affectent pas directement les droits et obligations des États, du moins tant qu'ils ne participent pas à la troisième phase. Soit il s'agit de dispositions concernant les activités du Conseil général, l'institution commune du SEBC (v. *infra*).

Avant d'examiner les aménagements institutionnels relatifs aux organes de décision de la BCE, il apparaît utile de repérer dans les statuts les dispositions qui sont inapplicables aux non participants, celles qui sont inapplicables au seul Royaume-Uni, et par conséquent, celles qui sont formellement applicables à tous les États membres.

Dans un souci de clarté, il convient à cet égard de passer en revue chaque disposition des statuts du SEBC, chapitre par chapitre. Le cas échéant, on indiquera la disposition correspondante du TCE (dont on observera, à l'une ou l'autre reprise, qu'elle a un champ d'application différent). Pour la suite de l'étude, il apparaît utile d'indiquer, au regard de ces dispositions, celles qui constituent une base juridique spécifique pour la BCE (en règle, pour le conseil des gouverneurs ou pour le directoire), ainsi que l'association éventuelle du Conseil général ³⁷⁴.

³⁷⁴ . Pour rappel, les statuts contiennent aussi des bases juridiques habilitant le Conseil des ministres à compléter certaines dispositions des statuts visées à l'article 43 de ceux-ci, à savoir leurs articles 4, 5.4, 19.2, 20, 28.1, 29.2, 30.4, et 34.3.

A. Vue d'ensemble des dispositions des statuts du SEBC

Chapitre I : Constitution du SEBC

Applicable à tous :

article 1 : institution de la BCE et du SEBC

Chapitre II : Objectifs et missions du SEBC

Inapplicables aux non participants :

article 3 : missions du SEBC (= article 105, §§ 2, 3 et 5 du TCE)

article 6 (base juridique BCE) : représentation internationale de la BCE

Inapplicables au Royaume-Uni :

article 4 (base juridique BCE + Conseil général) : consultation de la BCE par les autorités nationales³⁷⁵

Applicables à tous :

article 2 : objectifs (= 105, § 1 du TCE)³⁷⁶

article 5 (base juridique BCE + Conseil général) : collecte d'informations statistiques

Chapitre III : Organisation du SEBC

Inapplicables aux non participants :

article 9.2 : exécution par les BCN des missions conférées au SEBC par la BCE

article 10.1 : composition du Conseil des gouverneurs (= article 112, § 1 du TCE)³⁷⁷

article 10.3 : pondération du vote conformément à la répartition du capital souscrit

article 11.2 : nomination du directoire (= article 112, § 2, b) du TCE)

article 12.1 (base juridique BCE) : orientations et décisions du Conseil des gouverneurs

article 14.3 : « partie intégrante » des BCN dans les SEBC

article 16 (base juridique BCE) : émission de billets (= article 106, § 1 du TCE)

Inapplicables au Royaume-Uni :

article 7 : principe d'indépendance des banques centrales

article 14.1, 14.2, et 14.4 : statuts des banques centrales nationales

Applicables à tous :

article 8 : direction du SEBC par les organes de décision de la BCE (= article 107, § 3 du TCE)

³⁷⁵ . Bien que cette fonction s'exerce dans le cadre du Conseil général, les autorités britanniques ne sont pas concernées.

³⁷⁶ . Bien qu'identique à l'article 2 des statuts du SEBC, l'article 105, § 1 du TCE est quant à lui rendu inapplicable aux non-participants (v. *supra*)

³⁷⁷ . Bien qu'identique à l'article 10.1 des statuts, l'article 112, § 1 n'est pas rendu inapplicable aux non participants, à l'exception du Royaume-Uni. Selon Zilioli et Selmayr, il s'agit d'une erreur matérielle, précité, 2001, p. 157.

article 9.1 et 9.3 : personnalité juridique et organe de décision de la BCE (= article 107, §§ 2 et 3 du TCE)
article 10.2, 10.4, et 10.5 : fonctionnement du Conseil des gouverneurs
article 11.1 à 11.7, excepté 11.2 (base juridique BCE) : fonctionnement directoire
article 12.2 à 12.5 : responsabilité des organes de décision
article 13 : président
article 15 : (base juridique BCE + Conseil général) : rapports d'activités de la BCE

Chapitre IV : Fonctions monétaires et opérations assurées par le SEBC

Inapplicables aux non participants :

article 18 (base juridique BCE): opérations d'open market
article 19 (base juridique BCE): réserves obligatoires
article 20 (base juridique BCE): autres instruments de contrôle monétaire
article 22 (base juridique BCE): système de compensation et de paiements ³⁷⁸
article 23 (base juridique BCE): opérations extérieures

Inapplicable aux non participants, à l'exception du Royaume-Uni :

article 17 (base juridique BCE) :comptes auprès de la BCE et des BCN ³⁷⁹.

Inapplicable au Royaume-Uni :

article 21.1 : opérations avec les organismes publics (= article 101, § 1 du TCE). Le Royaume-Uni peut conserver la ligne de crédit « ways and means » ³⁸⁰

Applicables à tous :

article 21.2 et 21.3 : opérations avec les organismes publics
article 24 : autres opérations (infrastructure administrative et personnel)

Chapitre V : contrôle prudentiel

Applicables à tous :

article 25.1 (base juridique BCE + Conseil général) : consultation de la BCE
article 25.2 (base juridique BCE) : missions spécifiques de la BCE sur base d'une décision du Conseil conformément à l'article 105, § 6 du TCE

Chapitre VI : Dispositions financières du SEBC

Inapplicables aux non participants :

article 26.2 : comptes annuels de la BCE
article 27 : vérification des comptes de la BCE
article 28 : capital de la BCE ³⁸¹

³⁷⁸ . R. Smits note à cet égard que le système de compensation *ECHO* de la City de Londres ne serait pas soumis à la supervision de la BCE, bien qu'un certain nombre de banques y participant proviennent d'États participant à la monnaie unique (précité, 1997, p. 513).

³⁷⁹ . Apparemment, l'article 17 des statuts s'applique au Royaume-Uni, car il n'est pas repris dans la liste du protocole « britannique ». Il s'agit probablement d'un oubli.

³⁸⁰ . Protocole « britannique », point 11.

³⁸¹ . V. article 48 des statuts (et point 9 du protocole « britannique »)

article 30 (base juridique BCE): transferts d'avoir de réserve de change à la BCE
article 31 (base juridique BCE): avoirs de réserve de change détenus par les BCN
article 32 (base juridique BCE) : répartition du revenu monétaire des BCN
article 33 (base juridique BCE): répartition des bénéfices et pertes nets de la BCE

Inapplicables au Royaume-Uni :

article 26.1, 26.3 et 26.4 (base juridique BCE + Conseil général) : comptes financiers de la BCE

Applicable à tous :

article 29, dont 29.4 (Décision du Conseil général) : clé de répartition pour la souscription du capital

Chapitre VII : Dispositions générales

Inapplicable aux non participants :

article 34 : actes juridiques (y compris les sanctions, art. 34.3) de la BCE (= article 110 du TCE)

Applicables à tous :

article 35 (base juridique BCE) : contrôle juridictionnel
article 36 (base juridique BCE + Conseil général) : personnel
article 37 : siège
article 38 : secret professionnel
article 39 : signataires (engagement de la BCE)
article 40 : privilèges et immunités

Chapitre VIII : Révision des statuts et législation complémentaire du Conseil

Applicables à tous :

article 41 : procédure de révision simplifiée
article 42 : législation complémentaire

Chapitre IX : Dispositions transitoires et autre dispositions concernant le SEBC

Applicables à tous, mais différenciation éventuelle dans le contenu (« matérielle ») :

article 43 : disposition générale sur le champ d'application des dispositions des statuts
article 44 (base juridique BCE + Conseil général) : missions transitoires de la BCE afin d'assurer les tâches de l'IME
article 45 : Conseil général de la BCE (article 45.1 = 123, §3 du TCE)
article 46 : Règlement intérieur du Conseil général
article 47 : responsabilité du Conseil général³⁸²
article 48 : dispositions transitoires concernant le capital de la BCE
article 49 : paiement différé du capital, des réserves et des provisions de la BCE
article 50 : nomination initiale du directoire

³⁸² . Pour le Royaume-Uni, le Conseil général est investi d'une mission supplémentaire de conseil et d'assistance dans la préparation d'une éventuelle participation à la troisième phase, protocole « britannique », point 9.

article 51 : dérogation à l'article 32 (répartition du revenu monétaire des BCN)
article 52 : échange des billets libellés en monnaies communautaires
article 53 : applicabilité des mesures transitoires (article 43 à 48) tant qu'il existe des non participants. Régime spécial pour le Royaume-Uni ³⁸³

Pour la suite de l'étude, mises à part ces dispositions transitoires, il convient de résumer la liste des dispositions inapplicables à tous les non participants à la monnaie unique, et celles qui ne le sont qu'à l'égard du Royaume-Uni. L'on tentera, par la même occasion, d'indiquer, parmi ces dispositions, celles qui constituent des bases juridiques pour la BCE (voire pour le Conseil général). Ceci étant, il semble qu'il faille relativiser la justesse de cette liste qui aurait, apparemment, été établie à la hâte sans prendre toutes les précautions de vérifications d'usage ³⁸⁴. Il reste que c'est elle qui est formellement en vigueur...

B. Liste des dispositions des statuts en fonction de leur champ d'application interétatique

Dispositions applicables à tous (essentiellement de nature institutionnelle):

article 1 : institution de la BCE et du SEBC
article 2 : objectifs (= 105, § 1 du TCE) ³⁸⁵
article 5 (base juridique BCE + Conseil général) : collecte d'informations statistiques
article 8 : direction du SEBC par les organes de décision de la BCE (= article 107, § 3 du TCE)
article 9.1 et 9.3 : personnalité juridique et organe de décision de la BCE (= article 107, §§ 2 et 3 du TCE)
article 10.2, 10.4, et 10.5 : fonctionnement du Conseil des gouverneurs
article 11.1 à 11.7, excepté 11.2 (base juridique BCE) : fonctionnement directoire
article 12.2 à 12.5 : responsabilité des organes de décision
article 13 : président
article 15 : (base juridique BCE + Conseil général) : rapports d'activités de la BCE
article 21.2 et 21.3 : opérations avec les organismes publics
article 24 : autres opérations (infrastructure administrative et personnel)
article 25.1 (base juridique BCE + Conseil général) : consultation de la BCE
article 25.2 (base juridique BCE) : missions spécifiques de contrôle prudentiel de la BCE
article 29, dont 29.4 (Décision du Conseil général) : clé pour la souscription du capital
article 35 (base juridique BCE) : contrôle juridictionnel
article 36 (base juridique BCE + Conseil général) : personnel
article 37 : siège
article 38 : secret professionnel
article 39 : signataires (engagement de la BCE)

³⁸³ . Pour le Royaume-Uni, v. le protocole « britannique », point 9.

³⁸⁴ . Observation de J.V. Louis.

³⁸⁵ . Bien qu'identique à l'article 2 des statuts du SEBC, l'article 105, § 1 du TCE est quant à lui rendu inapplicable aux non-participants (v. *supra*)

article 40 : privilèges et immunités
article 41 : procédure de révision simplifiée
article 42 : législation complémentaire

+ dispositions transitoires

Dispositions inapplicables ou « inopérantes » à l'égard des non participants :

article 3 : missions du SEBC (= article 105, §§ 2, 3 et 5 du TCE)
article 6 (base juridique BCE) : représentation internationale de la BCE
article 9.2 : exécution par les BCN des missions conférées au SEBC par la BCE
article 10.1 : composition du conseil des gouverneurs (= article 112, § 1 du TCE)
article 10.3 : pondération du vote conformément à la répartition du capital souscrit
article 11.2 : nomination du directoire (= article 112, § 2, b) du TCE)
article 12.1 (base juridique BCE) : orientations et décisions du conseil des gouverneurs
article 14.3 : « partie intégrante » des BCN dans les SEBC
article 16 (base juridique BCE) : émission de billets (= article 106, § 1 du TCE)
article 18 (base juridique BCE) : opérations d'open market
article 19 (base juridique BCE) : réserves obligatoires
article 20 (base juridique BCE) : autres instruments de contrôle monétaire
article 22 (base juridique BCE) : système de compensation et de paiements ³⁸⁶
article 23 (base juridique BCE) : opérations extérieures
article 17 (base juridique BCE) : comptes auprès de la BCE et des BCN
article 34 : actes juridiques (y compris les sanctions, art. 34.3) de la BCE (= article 110 du TCE)
article 26.2 : comptes annuels de la BCE
article 27 : vérification des comptes de la BCE
article 28 : capital de la BCE ³⁸⁷
article 30 (base juridique BCE) : transferts d'avoirs de réserve de change à la BCE
article 31 (base juridique BCE) : avoirs de réserve de change détenus par les BCN
article 32 (base juridique BCE) : répartition du revenu monétaire des BCN
article 33 (base juridique BCE) : répartition des bénéfices et pertes nets de la BCE
article 34 : (base juridique BCE) : actes juridiques de la BCE

Dispositions inapplicables au seul Royaume-Uni :

article 4 (base juridique BCE + Conseil général) : consultation de la BCE par les autorités nationales
article 7 : principe d'indépendance des banques centrales
article 14.1, 14.2, et 14.4 : statuts des banques centrales nationales
article 21.1 : opérations avec les organismes publics (= article 101, § 1 du TCE).
article 26.1, 26.3 et 26.4 (base juridique BCE + Conseil général) : comptes financiers de la BCE

³⁸⁶ . R. Smits note à cet égard que le système de compensation *ECHO* de la City de Londres ne serait pas soumis à la supervision de la BCE, bien qu'un certain nombre de banques y participant proviennent d'États participant à la monnaie unique (précité, 1997, p. 513).

³⁸⁷ . V. article 48 des statuts (et point 9 du protocole « britannique »)

II. Aménagements institutionnels au sein du SEBC : le Conseil des gouverneurs, le Directoire et le Conseil général

Le statut particulier des États non participants se répercute directement dans la composition des deux organes principaux de la BCE qui dirigent le SEBC, le Conseil des gouverneurs et le directoire dès lors qu'ils en sont exclus, même en tant qu'observateurs.

Le directoire, qui assume en quelque sorte le rôle d'exécutif, ou de comité de direction de la BCE, se compose d'un président, d'un vice-président, et en principe de quatre autres membres³⁸⁸. Les gouvernements des États membres non participants ne prennent pas part à la nomination de ceux-ci, et seuls les ressortissants des États membres participants peuvent être nommés à cette fonction³⁸⁹. Le Conseil des gouverneurs — qui arrête les orientations et prend les décisions nécessaires pour accomplir les missions du SEBC, particulièrement en matière de politique monétaire³⁹⁰ — se compose, outre les membres du directoire, des gouverneurs des banques centrales des seuls États membres participant à la monnaie unique³⁹¹. Le président du Conseil et un membre de la Commission européenne peuvent également y assister sans voix délibérative³⁹². Dans le régime initial, le Conseil des gouverneurs devait se prononcer à la majorité simple des voix, le quorum étant fixé à deux tiers³⁹³. Un

³⁸⁸. Article 112, § 2 du TCE. Lors de la nomination initiale des membres du directoire, et tant qu'il y a des « États membres faisant l'objet d'une dérogation », le nombre de membres pouvait être inférieur, sans toutefois être inférieur à quatre (article 50 des statuts du SEBC). Cette flexibilité s'explique, d'une part dans le but d'éviter un déséquilibre dans l'hypothèse où les premiers adhérents à la monnaie unique eurent été peu nombreux, d'autre part afin de permettre aux éventuels futurs participants (comme le Royaume-Uni) de participer à la nomination d'un nouveau directeur (Ph-E. Partsch, précité, 1998, p. 40). C'est également pour cette raison que la durée du mandat du vice-président initial et des membres initiaux est raccourcie à quatre ans pour le premier, et fixée à trois jusqu'à huit ans pour les autres.

³⁸⁹. V. les articles 122, § 2, et 123, § 1, deuxième tiret du TCE, articles 11.2 et 50 des statuts du SEBC, et protocole « britannique », point 8.

³⁹⁰. Article 12 des statuts du SEBC.

³⁹¹. Article 112, § 1 du TCE, articles 10 et 43.4 du protocole n° 3 sur les statuts du SEBC, et protocole « britannique » (n° 11), point 8.

³⁹². Article 113, § 1 du TCE. Rien de spécial n'est prévu si le président du Conseil relève d'un État membre non participant. En pratique, la présidence suédoise du premier semestre 2001 a cédé sa place à la présidence successive belge (*comp.* avec la présidence de l'*Eurogroupe*, *v. supra*).

³⁹³. La voix du président est prépondérante en cas de partage, article 10.2 des statuts du SEBC.

réforme récente a donné lieu à une pondération des voix au sein du Conseil des gouverneurs en fonction d'une combinaison complexe de certains critères³⁹⁴.

En revanche il est institué, en principe provisoirement, tant qu'il existe des États membres (actuels ou futurs) ne participant pas à la troisième phase de l'UEM, en ce compris le Royaume-Uni³⁹⁵, un troisième « organe de décision »³⁹⁶. Il s'agit du Conseil général qui associe ces États aux activités du SEBC, fût-ce de façon limitée et principalement à titre consultatif. Ainsi, le Conseil général se compose, outre le président et le vice-président de la BCE (qui sont les mêmes que ceux du directoire de la BCE), des gouverneurs des banques nationales de *tous* les États membres de l'Union européenne. Les autres membres du directoire peuvent participer aux réunions, sans droit de vote (ce qui tend à affaiblir le caractère supranational du Conseil général)³⁹⁷, tout comme le président du Conseil et un membre de la Commission³⁹⁸. A l'instar du Conseil des gouverneurs, le Conseil général se prononce, sauf exception, à la majorité simple des voix, le quorum étant fixé à deux tiers³⁹⁹. De même, les BCN des États non participants à la monnaie unique peuvent désigner un représentant aux réunions d'un comité du SEBC lorsque celui-ci s'occupe de questions relevant de la compétence du Conseil général, mais elles peuvent aussi être invitées lorsque le président d'un comité et le directoire le jugent opportun, ce qui laisse une certaine flexibilité⁴⁰⁰.

³⁹⁴. Décision du Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement du 21 mars 2003 relative à une modification de l'article 10.2 des statuts du SEBC et de la BCE, *J.O.* n° L 83 du 1/4/2003, p. 66. Cette réforme sera d'application dès que le nombre de gouverneurs, et donc d'États membres participants à la monnaie unique est supérieur à quinze

³⁹⁵. Protocole « britannique » précité, point 9.

³⁹⁶. Article 123 du TCE et article 45 des statuts du SEBC. *Comp.* l'article 107, § 3 du TCE (et son homologue dans les statuts du SEBC, l'article 9.3) qui ne visent, comme « organes de décisions » de la BCE, que le Conseil des gouverneurs et le directoire. La distinction réside sans doute dans le fait que ces deux derniers « dirigent » la BCE.

³⁹⁷. Article 123, § 3 du TCE, article 45 des statuts du SEBC. Protocole « britannique », point 9.

³⁹⁸. Article 46.2 des statuts du SEBC.

³⁹⁹. Article 4 du règlement intérieur du Conseil général de la Banque centrale européenne (Décision de la BCE du 17 juin 2004 portant adoption du règlement intérieur du conseil général de la Banque centrale européenne (BCE/2004/12), *J.O.* n° L 230 du 30/06/2004, p. 61).

⁴⁰⁰. Article 9 du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (Décision de la BCE du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (BCE/2004/2), *J.O.* n° L 080 du 18/03/2004, p. 33).

Les responsabilités du Conseil général sont énumérées « *de manière exhaustive à l'article 47 des statuts* »⁴⁰¹, ce qui n'empêche pourtant pas que d'autres dispositions lui attribuent certaines tâches, à commencer par l'article 48 des statuts (v. *infra*)⁴⁰².

Une des fonctions les plus importante attribuée au Conseil général est d'accomplir les tâches dévolues à l'Institut monétaire européen (IME), assurées désormais par la BCE, qui doivent encore être exécutées lors de la troisième phase en raison de l'existence de non participants⁴⁰³. Cette fonction comporte notamment la coordination des politiques monétaires en vue d'assurer la stabilité des prix, l'administration du nouveau mécanisme de change (MTC 2)⁴⁰⁴, ou encore la gestion du mécanisme de soutien financier à moyen terme⁴⁰⁵. D'une manière plus générale, il donne son avis au cours des préparatifs conduisant à l'abrogation des dérogations⁴⁰⁶, et il *contribue* aux préparatifs nécessaires à la fixation irrévocable des taux de change des monnaies des futurs participants⁴⁰⁷.

Il *contribue* également aux fonctions consultatives de la BCE énumérées à l'article 4 des statuts, à savoir pour tout projet de réglementation communautaire ou nationale, ainsi que pour les avis émis par la BCE de sa propre initiative, ainsi que celles visées à l'article 25.1 des statuts concernant le contrôle prudentiel.

Le Conseil général *contribue* en outre à la collecte des informations statistiques⁴⁰⁸, à établir les rapports d'activité de la BCE⁴⁰⁹, à établir les règles relatives à la normalisation des procédures comptables⁴¹⁰ et celles concernant la clé de répartition pour la souscription du capital⁴¹¹, à définir les conditions d'emploi du personnel de la

⁴⁰¹ . Article 45.3 des statuts du SEBC.

⁴⁰² . V. aussi le point 9, c) du protocole « britannique » précité. Sur les pouvoirs et fonctions du Conseil général, v. l'analyse détaillée de J.V. Louis, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, pp. 47 et s.

⁴⁰³ . Articles 47.1 et 44, alinéa 1 des statuts du SEBC.

⁴⁰⁴ . V. le protocole sur les statuts de l'IME, en particulier les articles 4 et 6, ainsi que, concernant le MTC 2, les conclusions du Conseil européen de Dublin de décembre 1996, point 14. Sur ce mécanisme, v. *infra*.

⁴⁰⁵ . V. l'article 119 du TCE et la décision de la BCE du 7 novembre 2002 (BCE/2003/14), examinée ci-dessous.

⁴⁰⁶ . Article 44, alinéa 2 des statuts du SEBC.

⁴⁰⁷ . Article 47.3 des statuts du SEBC.

⁴⁰⁸ . Article 5 des statuts du SEBC.

⁴⁰⁹ . Article 15 des statuts du SEBC.

⁴¹⁰ . Article 26.4 des statuts du SEBC.

⁴¹¹ . Article 29 des statuts du SEBC.

BCE⁴¹². Toutes ces fonctions sont davantage précisées, voire étendues⁴¹³, à l'article 6 du règlement intérieur du Conseil général (précité).

Aucune de ces fonctions ne fait l'objet d'un véritable pouvoir de décision, en ce compris dans la gestion du nouveau mécanisme de change (MTCE II)⁴¹⁴. La *contribution* du Conseil général ne peut qu'influencer ou orienter les décisions prises par le Conseil des gouverneurs (ou par le directoire), et dont le Conseil général est ensuite informé par l'entremise du président de la BCE, ce qui ne l'empêche cependant pas d'émettre un vote, et le cas échéant, de transmettre également l'avis de la minorité⁴¹⁵. Les articles 12 et 13 du règlement intérieur de la BCE indiquent à cet égard que le Conseil général « *est mis en mesure de présenter ses observations avant que le Conseil des gouverneurs (ou le Directoire) adopte...* »⁴¹⁶ : ainsi que le souligne J.V. Louis, cela représente moins qu'un pouvoir formel de consultation, mais dont la négligence serait néanmoins susceptible d'invalider l'acte de la BCE en cause. Le rôle limité du Conseil général apparaît également dans la fréquence de sa réunion, une fois par trimestre⁴¹⁷.

Il est prévu, dans un cas seulement qui concerne la libération minimale du capital souscrit par les non participants à titre de participation aux coûts de fonctionnement de la BCE, que le Conseil général dispose d'un véritable pouvoir de décision, au terme d'une formule intéressante de double majorité qualifiée⁴¹⁸. Mais il pourrait y avoir d'autres cas, en particulier dans le cadre de la prise en charge de certaines tâches

⁴¹² . Article 36 des statuts du SEBC.

⁴¹³ . V. notamment la référence, dans l'article 6, § 3 du règlement intérieur, à tout projet de recommandation de la BCE en matière statistique, en vue de la législation complémentaire du Conseil en cette matière, conformément à l'article 42 des statuts.

⁴¹⁴ . V. l'article 16 de l'accord du 1er septembre 1998 fixant entre la BCE et les Banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'UEM (*J.O.* n° C 345 du 13/11/1998, p. 6). Cette disposition confirme l'absence de pouvoir de décision propre dans le chef du Conseil général dans la gestion du nouveau mécanisme de change. En ce sens, v. J.V., Louis, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, précité, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 49.

⁴¹⁵ . Du moins cette possibilité figurait dans la version initiale de l'article 4.4 du règlement intérieur du Conseil général, (*J.O.* n° L 075 du 20/03/1999, p. 36)

⁴¹⁶ . Sur les délais, v. les articles 12 et 13 du règlement intérieur de la BCE, précité.

⁴¹⁷ . J.V., Louis, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, précité, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 50.

⁴¹⁸ . Moitié des actionnaires (entendez : les banques centrales) représentant au moins deux tiers du capital souscrit de la BCE (article 48 des statuts). V. la décision de la BCE, adoptée par le Conseil général, du 1er décembre 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la BCE par les banques centrales des États membres non participants (BCE/1998/14).

de l'IME, où le Conseil général adopterait des décisions ⁴¹⁹. Ces rares cas justifieraient néanmoins à eux seuls la dénomination d' « organe de décision » pour le Conseil général, (à moins que cette dénomination s'entende plus largement comme organe prenant part au processus de décision). Les futurs éventuels pouvoirs en matière de contrôle prudentiel attribués à la BCE par le Conseil (sur avis conforme du Parlement européen) ne devraient pas comporter, eux non plus, de pouvoir de décision pour le Conseil général ⁴²⁰.

Il en résulte donc que dans tous les cas où le Conseil général est appelé à « contribuer », les non-participants restent exclus d'une procédure de décision qui engagera « *the Community as a whole* » ⁴²¹, ou du moins qui les engageront dès leur participation ultérieure. On reviendra sur cette question à l'occasion de l'examen du champ d'application des actes de la BCE. Une telle séparation entre le Conseil général et le Conseil des gouverneurs est jugée essentielle, selon certains, pour assurer l'indivisibilité et l'indépendance de la politique monétaire, même si la double casquette du président de la BCE n'est pas toujours commode à porter (par exemple devant la commission compétente du Parlement européen), pour ne mentionner que cet aspect ⁴²².

III. Champ d'application « interétatique » des actes de la BCE

La question du champ d'application « interétatique » des actes de la BCE n'est pas beaucoup moins confuse que celle relative aux actes du Conseil adoptés dans la troisième phase de l'UEM. Pourtant, sans être aussi précis que le mécanisme de la coopération renforcée, le traité donne davantage d'indications sur cette question dans la cadre du SEBC que dans le cadre communautaire.

En effet, l'article 110 du TCE relatif à la typologie des actes de la BCE (règlements, décisions et recommandations), tout comme l'article 111 pour la dimension extérieure de l'action de la BCE, font partie de ceux qui ne s'appliquent pas aux États non

⁴¹⁹ . V. par exemple la décision BCE/2003/14 relative au mécanisme de soutien financier à moyen terme.

⁴²⁰ . V. article 105, § 6 du TCE (équivalent de l'article 25.2 des statuts du SEBC). En ce sens, J.V. Louis, *in* Mégret, 1995, p. 153.

⁴²¹ . R. Smits, précité, 1997, p. 504.

participants ⁴²³. De même, l'article 34 des statuts, l'équivalent de l'article 110 du TCE, fait partie de ceux qui « ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation » aux non participants, et de ceux qui « ne s'applique pas » au Royaume-Uni ⁴²⁴. La référence aux « États membres » dans ces deux dispositions qui, notamment définissent le règlement de la BCE comme étant directement applicable dans tout État membre, exclut expressément les États non participants ⁴²⁵. Dans le protocole « britannique », il est même précisé que les références à la Communauté ne concernent pas le Royaume-Uni.

S'agissant des « orientations » de la BCE, elles constituent un instrument privilégié de son action bien qu'elles ne relèvent pas de la typologie normative ordinaire des actes de la BCE. La définition des orientations et leur fondement obligatoire découlent des articles 12.1 et 14.3 des statuts qui font également partie de ceux qui ne visent pas les États membres non participants ni leur banque centrale.

Le sens de ce dispositif semble donc bien d'être que les actes juridiques de la BCE ne s'appliquent pas aux États non participants ni à leur banque centrale. Ce principe apparaît également en accord avec le fait que ces actes sont arrêtés par le Conseil des gouverneurs et par le Directoire qui excluent les non participants du processus de décision, sous réserve de leur contribution éventuelle au sein du Conseil général. On notera cependant que cette corrélation n'est jamais relevée dans le préambule des actes du Conseil (sauf l'implication éventuelle du Conseil général).

Dans cette perspective, la différenciation du champ d'application interétatique des actes de la BCE trouverait un fondement dans le traité : elle serait « formelle » plutôt que « matérielle ». Toutefois, afin de garantir la nature « communautaire » de ces actes, certains auteurs préfèrent voir à nouveau une différenciation des « *substantive effects* » de ces actes trouvant son fondement dans le dispositif du traité décrit ci-dessus. Ainsi, les règlements de la BCE, comme ceux du Conseil, s'appliqueraient

⁴²² . R. Smits, précité, 1997, p. 505.

⁴²³ . V. l'article 122, § 3 du TCE, et pour le Royaume-Uni, protocole « britannique », point 5. V. aussi l'exclusion de l'article 12.1 des statuts du SEBC à l'article 43 des statuts (pour le Royaume-Uni, protocole n° 11, point 7).

⁴²⁴ . Article 43.1 des statuts du SEBC.

⁴²⁵ . Article 122, § 4 du TCE et article 43.3 des statuts du SEBC. Point 8 du protocole « britannique ».

« dans » tous les États membres, mais seulement « aux » participants ⁴²⁶. Nous avons déjà suggéré qu'une différenciation formelle du champ d'application des actes n'exclut pas en soi leur nature « communautaire ».

Ceci dit, lorsqu'on observe de plus près les actes arrêtés au sein de l'*Eurosystème*, l'on constate que la réalité est plus nuancée. En particulier, bon nombre de ces actes confirment ou précisent dans leur contenu la portée de leur champ d'application « interétatique ». De la sorte réapparaît la technique, en l'occurrence souvent redondante, de la différenciation « matérielle ». D'autre part, un grand nombre de décisions de la BCE sont adoptées « hors typologie » et tendent ainsi à avoir une portée générale et à s'imposer à tous les États membres sans distinction.

On examinera la pratique législative de la BCE, à travers quelques exemples de règlements, de décisions, d'orientations et de recommandations qu'elle adopte.

A. Les règlements de la BCE

Les règlements de la BCE représentent la catégorie d'acte la moins utilisée par la BCE, ce qui s'explique notamment par le fait que le « domaine » du règlement est formellement délimité à la mise en oeuvre des articles 3.1, 19.1, 22 et 25.2 des statuts, ainsi que de la législation complémentaire du Conseil ⁴²⁷.

La définition des règlements de la BCE est la même que pour les règlements communautaires : ils ont en principe une portée générale, sont obligatoires dans tous leurs éléments, et ils sont directement applicables dans tout État membre ⁴²⁸. Cette formule nous l'avons vu, n'a pas en soi pour objet de délimiter le champ d'application des règlements, ni dans un sens, ni dans un autre, mais bien de signifier le caractère « directement applicable » dans les ordres juridiques étatiques, sans intermédiation de leur part. Elle n'est donc pas en soi contradictoire avec le principe d'inapplication des règlements de la BCE aux non participants. Il reste que dans la pratique, les règlements de la BCE évitent de reproduire cette formule, précisément dans le but de

⁴²⁶ . C. Zilioli et M. Selmayr, précité, 2001, pp. 165 et 166.

⁴²⁷ . Article 110, § 1 du TCE.

⁴²⁸ . Article 34.2 des statuts du SEBC.

ne pas réitérer les controverses sur la clause finale de certains règlements du Conseil et leur champ d'application « territorial »⁴²⁹. La pratique n'évite cependant pas toute interrogation en la matière.

Considérons, par exemple, les règlements de la BCE qui exécutent les deux règlements du Conseil n° 2531/98 et n° 2532/98 examinés ci-dessus, concernant respectivement les réserves obligatoires et les pouvoirs de sanction de la BCE.

Le premier règlement de la BCE (BCE/1998/15) indique clairement dans son dispositif qu'il ne s'applique qu'aux États membres participants⁴³⁰. Il reproduit ainsi la technique de « différenciation matérielle » utilisée par le règlement du Conseil en question dont la différenciation du champ d'application résultait également du contenu du règlement. On notera à cet égard que ce règlement ne fait aucune allusion aux articles 34 et 43 des statuts du SEBC, ni aux articles 110 et 122 du TCE.

Le second règlement de la BCE (BCE/1999/4) fait de même, mais de façon indirecte, en se référant au dispositif matériel du règlement du Conseil (en particulier son article 1er relatif aux définitions). Par ailleurs, il reproduit dans son préambule le premier considérant du règlement du Conseil en question, en se référant de même à l'article 34.3 des statuts (qui concerne précisément le pouvoir de sanction de la BCE), concurremment avec l'article 43.1 qu'il paraphrase⁴³¹ : *le présent règlement... ne confère aucun droit et n'impose aucune obligation à un État membre non participant* »⁴³². Une telle différenciation formelle est davantage en phase avec le principe d'inapplication posé par le TCE.

⁴²⁹ . C. Zilioli et M. Selmayr, précités, 2001, pp. 165. Le professeur J.V. Louis a également confirmé cette information.

⁴³⁰ . Règlement CE n° 2818/98 de la BCE du 1er décembre 1998 concernant l'application des réserves obligatoires (BCE/1998/15), *J.O.* n° L 356 du 30/12/98, p. 1. V. en particulier les définitions de l'article premier : « État membre participant », « BCN participante », etc. Le règlement (BCE/1998/15) a été remplacé plus tard par un autre règlement qui adopte la même structure (Règlement n° 1745/2003 de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), *J.O.* n° L 250 du 02/10/2003, p. 10).

⁴³¹ . Plutôt que de paraphraser le point 8 du protocole « britannique », également cité dans le considérant, qui dispose que l'article 34.3 « ne s'applique pas au Royaume-Uni ».

⁴³² . Règlement CE n° 2157 de la BCE du 23 septembre 1999, concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions (BCE/1999/4), *J.O.* n° L 264 du 12/10/1999, p. 21 (v. surtout le premier point du préambule).

La matière statistique offre un autre exemple intéressant. On se rappellera que le Conseil a adopté un règlement n° 2533/98 sur base de l'article 5.4 des statuts du SEBC, au titre de législation complémentaire. Ce règlement, à l'instar de l'article 5.4 en question, est formellement applicable à tous les États membres, mais prévoyait un régime distinct pour les non participants se fondant essentiellement sur l'article 5 des statuts et l'article 5 (devenu 10) du TCE relatif au principe de coopération loyale. Il indiquait par ailleurs que la réglementation de la BCE ne pouvait conférer aucun droit et n'imposer aucune obligation aux non participants, conformément à l'article 34.1 des statuts (entendez : en combinaison avec l'article 43 des statuts).

L'ensemble de ce contexte est réitéré dans le préambule d'un règlement de la BCE visant à mettre en œuvre le règlement du Conseil ⁴³³. De la sorte, le règlement de la BCE rappelle « *l'obligation implicite d'élaborer et de mettre en œuvre, au niveau national, toutes les mesures que les États membres non participants jugent appropriées pour assurer la collecte des informations statistiques nécessaires aux obligations au respect des obligations de déclarations statistiques, et pour achever en temps voulu, les préparatifs nécessaires...pour devenir des États membres participants* » ⁴³⁴, mais ne spécifie pas autrement le régime propre aux non participants. La même formule apparaît dans les règlements de la BCE concernant le bilan financier du secteur des institutions financières monétaires ⁴³⁵. En revanche, l'on retrouve dans ces règlements la tendance à procéder à la technique de différenciation matérielle en indiquant dans leur contenu qu'ils ne visent que les participants.

Une telle différenciation matérielle apparaît quelque peu redondante avec le principe d'inapplication des règlements de la BCE posé par les traités du TCE. On retrouve par ailleurs un cas de figure déjà rencontré dans certains règlements du Conseil où le règlement donne l'impression de statuer discrétionnairement sur son champ

⁴³³ . Règlement (CE) n° 63/2002 de la BCE du 20 décembre 2001 concernant les statistiques sur les taux d'intérêt appliqués par les institutions financières monétaires aux dépôts et crédits vis-à-vis des ménages et des sociétés non financières (**BCE/2001/18**), *J.O.* n° L 010 du 12/01/2002, p. 24.

⁴³⁴ . V. le considérant n° 8 du préambule du règlement (BCE/2001/18) précité.

⁴³⁵ . V. le considérant n° 8 du règlement n° 2819/98 de la BCE du 1er décembre 1998 concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (**BCE/1998/16**), *J.O.* n° L 356 du 30/12/1998, p. 7, ainsi que le considérant n° 9 du règlement n° 2423/2001 de la BCE du 22 novembre 2001 concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (**BCE/2001/13**), *J.O.* n° L 333 du 17/12/2001, p. 01.

d'application, alors qu'il est adopté par des organes de décision qui n'incluent pas les non participants.

Enfin, l'on observera que le Conseil général n'a jamais été appelé à « contribuer » à l'adoption de règlements de la BCE, même en matière statistique qui est pourtant expressément visée à l'article 47 des statuts.

B. Les décisions de portée générale de la BCE (« *Beschluss* »)

Les décisions (« *Entscheidungen* ») de la BCE sont « *obligatoires dans tous leurs éléments pour les destinataires qu'elles désignent* »⁴³⁶. Les décisions qui correspondent strictement à la définition classique de cet instrument, à savoir un acte de portée individuelle, ne sont pas légion. On citera, à titre d'exemple, la décision de la BCE prise suite à la participation de la Grèce, qui lui est adressée individuellement, fût-ce *de facto*⁴³⁷, ou encore la décision relative à la nomination du commissaire extérieur aux comptes⁴³⁸.

En général, les « décisions » de la BCE sont des « *Beschlüsse* » hors typologie qui ont une portée générale, à l'instar de bon nombre de décision arrêtées par le Conseil qui ne rentrent pas dans la typologie définie à l'article 249 du TCE. A cet égard, on observera que les décisions de la BCE ne se réfèrent jamais à l'article 110 du TCE ou à l'article 34 des statuts⁴³⁹. Elles ne se réfèrent jamais non plus à l'article 12.1 des statuts qui habilite le Conseil des gouverneurs à prendre les « décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC... ». Sans doute le terme « décision » doit-il être compris au sens générique de « acte » en général.

Le recours à ce type d'instrument pourrait s'expliquer en partie par la stricte délimitation du domaine du règlement de la BCE, mais l'absence de contrainte formelle quant au champ d'application de ce type de décision a certainement conféré

⁴³⁶ Articles 110 du TCE et 34.2 des statuts du SEBC

⁴³⁷ . Décision (BCE/2000/14), précitée.

⁴³⁸ . Décision du 19 juin 1998, (BCE/1998/NP1), publiée en annexe à la décision de la BCE du 10 novembre 2000 concernant la publication de certains actes et instruments juridiques de la Banque centrale européenne (BCE/2000/12), *J.O.* n° L 055 du 24/02/2001, p. 68.

⁴³⁹ . Sauf la décision BCE/2000/14 relative à la participation de la Grèce, et celles concernant la répartition du revenu monétaire (*v. infra*).

une flexibilité nécessaire dans la pratique permettant d'étendre, le cas échéant, l'application des décisions en question à tous les États membres, sans distinction, ou à toutes les banques centrales nationales.

Par conséquent, ces décisions de portée générale ne comportent pas de clauses finales visant les destinataires, sauf dans un cas de figure qui concerne les décisions annuelles de la BCE relative à l'approbation du volume d'émission des pièces ⁴⁴⁰. Dans ces décisions, une clause finale indique toujours que « *les États membres participants sont destinataires de la présente décision* ». Une telle formule pourrait être interprétée de deux façons : soit comme un faisceau de décisions individuelles (décision collective), soit plus vraisemblablement comme une règle de portée générale dont le champ d'application interétatique est formellement délimité. Le seul fondement évoqué justifiant une telle différenciation est l'article 106, § 2 du TCE, sans qu'il ne soit fait référence à l'article 122 du TCE indiquant que cette base juridique est inapplicable aux non participants. De la sorte, on peut penser que cette formule est davantage la marque d'une différenciation « matérielle » que formelle du champ d'application interétatique.

Parmi les décisions de la BCE, il y en a d'autres qui ne s'adressent qu'aux États membres participant à la monnaie unique ou à leur Banque centrale respective sans s'y référer dans une clause finale. Il s'agit là plus clairement de la technique habituelle de différenciation matérielle consistant à identifier le champ d'application interétatique dans le corps des actes. Pour le reste, les décisions de la BCE tendent à s'appliquer à tous les États membres sans exception, indépendamment au demeurant du champ d'application des bases juridiques qui les fondent.

1. *Différenciation matérielle des décisions de la BCE*

Par comparaison avec l'émission des pièces, la BCE a adopté plusieurs décisions concernant les valeurs unitaires, les spécifications, la reproduction, l'échange et le

⁴⁴⁰ . V. la décision de la Banque centrale européenne, du 23 décembre 1999, relative à l'approbation du volume de l'émission de pièces en 2000 (BCE/1999/11), n° L 004 du 07/01/2000, p. 16, ainsi que toutes celles qui ont suivi : Décision du 14 décembre 2000 (BCE/2000/17), *J.O.* n° L 336 du 30/12/2000, p. 118 ; Décision du 20 décembre 2001 (BCE/2001/19), *J.O.* n° L 344 du 28/12/2001, p.

retrait des billets en euros ⁴⁴¹, ou relatives à l'émission des billets en euros ⁴⁴², qui toutes se fondent sur l'article 106, § 1 du TCE, et son *alter ego*, l'article 16 des statuts. Elle se réfèrent également aux règlements du Conseil n° 974/98 ou 975/98 dont on a vu que les clauses finales ont prêté le flanc à controverse concernant leur champ d'application. Les règlements de la BCE en question sont plus clairs à cet égard : ils s'adressent, dans leur contenu, aux banques centrales des États participants ainsi qu'à la BCE elle-même ⁴⁴³. Aucune référence n'est faite à l'article 122, § 3 du TCE ou à l'article 43 des statuts qui rendent les bases juridiques en question inapplicables aux non participants.

D'autres décisions de la BCE font l'objet d'une différenciation matérielle de leur champ d'application, à savoir celles concernant les avoirs de change transférés à la BCE ⁴⁴⁴, ou encore la répartition du revenu monétaire ⁴⁴⁵. Les décisions ont été respectivement adoptées sur base des articles 30 et 32 des statuts du SEBC. Le fait que ces bases juridiques « ne confèrent aucun droit ni n'imposent aucune obligation » n'y est pas relaté, tandis que les décisions s'adressent clairement dans leur contenu, jusque dans leur titre, outre à la BCE elle-même, aux « *banques centrales nationales participantes* ».

89 ; Décision du 19 décembre 2002 (**BCE/2002/12**), *J.O.* n° L 358 du 31/12/2002 p. 144 ; Décision du 28 novembre 2003 (**BCE/2003/15**), *J.O.* n° L 324 du 11/12/2003, p. 57.

⁴⁴¹ . Décision du 20 mars 2003 concernant les valeurs unitaires, les spécifications, la reproduction, l'échange et le retrait des billets en euros (**BCE/2003/4**), *J.O.* n° L 078 du 25/03/2003, p. 16 ; Décision du 30 août 2001 (**BCE/2001/7**), *J.O.* n° L 233 du 31/08/2001, p. 55. (modifiée par la décision BCE/2001/14) ; Décision du 7 juillet 1998 (**BCE/1998/6**), modifiée par la Décision de la BCE du 26 août 1999 (BCE/1999/2), version consolidée en annexe, *J.O.* n° L 258 du 5/10/1999, p. 29.

⁴⁴² . Décision de la BCE du 6 décembre 2001 relative à l'émission des billets en euros (**BCE/2001/15**), *J.O.* n° L 337 du 20/12/2001, p. 52.

⁴⁴³ . On observera cependant qu'une des spécifications concernant les billets en euros prévoit que le sigle de la BCE figure dans toutes les langues officielles de l'Union..

⁴⁴⁴ . Décision de la BCE du 18 décembre 2003 arrêtant les mesures nécessaires à la contribution aux réserves et provisions de la Banque centrale européenne et à l'adaptation des créances des banques centrales nationales équivalentes aux avoirs de réserve de change transférés (**BCE/2003/21**), *J.O.* n° L 009 du 15/01/2004, p.36. V. de même la décision de la BCE du 22 avril 2004 arrêtant les mesures nécessaires à la contribution à la valeur des fonds propres accumulés de la Banque centrale européenne et à l'adaptation des créances des banques centrales nationales équivalentes aux avoirs de réserve de change transférés, et les mesures relatives aux questions connexes d'ordre financier (**BCE/2004/8**), *J.O.* n° L 205 du 09/06/2004, p. 13 ;

⁴⁴⁵ . Décision de la BCE du 21 novembre 2002 concernant la distribution aux banques centrales nationales des États membres participants du revenu de la Banque centrale européenne relatif aux billets en euros en circulation (**BCE/2002/9**), *J.O.* n° L 323 du 28/11/2002, p. 49 ; Décision de la BCE du 6 décembre 2001 concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres participants à compter de l'exercice 2002 (**BCE/2001/16**), *J.O.* n° L 337 du 20/12/2001, p. 55.

2. Les décisions « uniformes » de la BCE

La plus grande partie des décisions de la BCE sont « uniformes » : elles s'appliquent indistinctement à tous les États membres, et le cas échéant, à toutes leur banque centrales, nonobstant le fait qu'elles aient été adoptées par les organes de décision dont sont exclus les non participants. Il est vrai que ceux-ci sont souvent associés, mais pas toujours, à travers la contribution du Conseil général. Dans la plupart des cas, ces décisions ont été adoptées sur une base juridique pareillement applicable à tous les États membres, mais il y a là aussi des exceptions.

Il en va par exemple ainsi pour les décisions de la BCE « concernant la méthode à appliquer pour déterminer les parts, exprimées en pourcentage, des BCN dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la BCE »⁴⁴⁶. Ces décisions sont prises sur base de l'article 29 des statuts du SEBC⁴⁴⁷. Celui-ci s'applique à tous les États membres⁴⁴⁸, conformément à la décision du Conseil précitée relative aux données statistiques devant servir à déterminer la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne, qui s'applique également à tous les États⁴⁴⁹. Il est vrai que les non participants ne seront pleinement affectés par cette décision que lorsqu'ils devront libérer ce capital au moment de l'adoption de la monnaie unique. Le Conseil général a été associé à la procédure de décision par une « contribution » préalable⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ . Décision de la BCE du 9 juin 1998 (BCE/ 1998/1), remplacée par la Décision de la Banque centrale européenne du 1er décembre 1998 concernant les parts exprimées en pourcentages des banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne (BCE/1998/13), *J.O.*, n° L 125 du 19/05/1999 p. 33. La même méthode a été retenue dans les deux décisions ultérieures de la BCE portant sur le même objet, dont la dernière fois pour prendre en compte les dix nouveaux États membres (Décision du 18 décembre 2003 (BCE/2003/17), *J.O.* n° L 009 du 15/01/2004, p. 27, et Décision du 22 avril 2004 (BCE/2004/5), *J.O.* n° L 205 du 09/06/2004, p. 5).

⁴⁴⁷ . A l'instar de la décision du Conseil du 5 juin 1998, adoptée sur base de l'article 29. 2 des statuts du SEBC, relative aux données statistiques devant servir à déterminer la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne, précitée.

⁴⁴⁸ . V. aussi l'article 48 des statuts qui dispose que « chaque BCN se voit attribuer une pondération dans la clé de répartition pour la souscription de la BCE ».

⁴⁴⁹ . Décision 98/382 du 5 juin 1998, précitée.

⁴⁵⁰ . Article 47.2 des statuts, se référant à l'article 29.4, et préambule de la décision précitée (BCE/1998/1) : « vu la contribution du Conseil général... ». Cette indication n'apparaît cependant pas dans la décision précitée (BCE/1998/13).

Concernant précisément la libération du capital, la BCE a adopté une première décision sur base de l'article 28.3 des statuts afin d'arrêter les mesures nécessaires à cet effet ⁴⁵¹. Cette décision rappelle, dans son préambule, le régime spécial prévu à l'article 48 des statuts concernant les BCN des États membres non participants : celles-ci ne libèrent pas leur capital souscrit, sauf si le Conseil général décide qu'un pourcentage minimal doit être libéré à titre de participation aux coûts de fonctionnement de la BCE. C'est ce que le Conseil général fit quelques mois plus tard : les BCN des non participants étaient invitées à libérer 5% de la part du capital souscrit par chacune d'elles ⁴⁵². Il s'agit d'ailleurs d'un des rares cas où le Conseil général est investi d'un véritable pouvoir de décision. En somme, les deux décisions revêtent un caractère général dès lors qu'elles s'appliquent (ou du moins concernent) *de iure* à tous les États membres, même si *de facto*, la première vise davantage les participants à la monnaie unique, et la seconde davantage les non participants. Elles ont été remplacées plus tard à deux reprises en suivant la même méthode, dont la dernière fois pour prendre en compte les nouveaux États membres ⁴⁵³. Par ailleurs, la libération du capital donne lieu à un système de transfert de parts de capital entre les banques centrales nationales dans des décisions de la BCE (adoptées sur base de l'article 28.5 des statuts) qui concernent toutes les banques centrales sans exception ⁴⁵⁴.

On notera en passant que le Conseil général n'a pas été mis à « contribution », ni pour cette décision, ni pour celle concernant la libération du capital des participants à la monnaie unique, nonobstant leur portée générale.

⁴⁵¹ . Décision de la BCE du 9 juin 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la BCE (**BCE/1998/2**), *J.O.* n° L 8 du 14/01/1999, p. 33.

⁴⁵² . Décision de la BCE du 1er décembre 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la BCE par les banques centrales des États membres non participants (**BCE/1998/14**), *J.O.*, n° L 110 du 28/04/1999, p. 33.

⁴⁵³ . Concernant les « banques centrales nationales participantes », v. la décision du 18 décembre 2003 (**BCE/2003/18**), *J.O.* n° L 009 du 15/01/2004, p. 29, ainsi que la décision du 22 avril 2004 (**BCE/2004/6**), *J.O.* n° L 205 du 09/06/2004, p. 7. Concernant les « banques centrales nationales non participantes », v. la décision du 18 décembre 2003 (**BCE/2003/19**), *J.O.* n° L 009 du 15/01/2004, p. 31, ainsi que la décision du 23 avril 2004 (**BCE/2004/10**), *J.O.* n° L 205 du 09/06/2004, p. 19.

⁴⁵⁴ . V. la décision de la BCE du 18 décembre 2003 fixant les modalités des transferts des parts de capital de la Banque centrale européenne entre les banques centrales nationales et de l'adaptation du capital libéré (**BCE/2003/20**), *J.O.* n° L 009 du 15/01/2004, p. 32. Suite à l'élargissement aux dix nouveaux États membres, la BCE a adopté une autre décision portant sur le même objet (Décision du 22 avril 2004 (**BCE/2004/7**), *J.O.* n° L 205 du 09/06/2004, p. 9).

D'autres décisions de la BCE de portée générale concernant l'emploi du personnel ⁴⁵⁵, les règles d'accès du public aux documents de la BCE ⁴⁵⁶, ou encore des règles de prévention contre la fraude ⁴⁵⁷. Ces décisions sont adoptées sur bases de dispositions des statuts applicables à tous sans distinction, tandis que le Conseil général n'a été consulté que pour la décision concernant l'emploi du personnel ⁴⁵⁸. A propos de la lutte anti-fraude, on mentionnera encore une décision de la BCE relative aux enquêtes effectuées par l'OLAF au sein de la BCE qui est d'application générale, et qui vise aussi de façon particulière les membres du Conseil général ⁴⁵⁹.

Comme indiqué ci-dessus, il existe aussi des décisions de la BCE qui s'appliquent de façon générale à tous les États membres, bien qu'elles se fondent sur une base juridique en principe inapplicable aux non participants. Elles ne font pas non plus appel à la contribution du Conseil général. Il en va par exemple ainsi d'une décision concernant l'accès au système de surveillance de la fausse monnaie, adoptée sur base de l'article 106, § 1 du TCE ⁴⁶⁰. Il est vrai que cette décision vient préciser un règlement du Conseil concernant la protection de l'euro contre le faux monnayage, adopté sur la même base, mais dont les effets avaient été étendus aux États membres qui n'ont pas adopté la monnaie unique ⁴⁶¹. Il en va de même pour les décisions de la BCE concernant ses comptes annuels arrêtées sur base de l'article 26.2 des statuts ⁴⁶². Bien que les définitions initiales de ces décisions se réfèrent aux notions d'« États membres participants », de « BCN des États membres participants », et d'« États

⁴⁵⁵ . Décision de la BCE 9 juin 1998 relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la Banque centrale européenne (**BCE/1998/4**), *J.O.* n° L 125 du 19/5/1999, p. 32.

⁴⁵⁶ . Décision de la BCE du 4 mars 2004 relative à l'accès du public aux documents et aux archives de la Banque centrale européenne, (**BCE/2004/3**), *J.O.* n° L 80 du 18/3/2004, p. 42. V. aussi précédemment la décision de la BCE du 3 novembre 2003 relative à l'accès du public aux documents de la Banque centrale européenne, (**BCE/1998/12**), *J.O.* n° L 110 du 28/4/1999, p. 30.

⁴⁵⁷ . Décision de la BCE, du 7 octobre 1999, concernant la prévention de la fraude (**BCE/1999/5**), *J.O.* n° L 291 du 12/11/1999, p. 36.

⁴⁵⁸ . Respectivement sur base des articles 36 et 12.3 des statuts.

⁴⁵⁹ . Décision de la BCE du 3 juin 2004 relative aux conditions et modalités des enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude au sein de la Banque centrale européenne en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale préjudiciable aux intérêts financiers des Communautés européennes et portant modification des conditions d'emploi du personnel de la Banque centrale européenne (**BCE/2004/11**)

⁴⁶⁰ . Décision de la BCE du 8 novembre 2001 relative à certaines conditions concernant l'accès au système de surveillance de la fausse monnaie (SSFM) (**BCE/2001/11**), *J.O.* n° L 337 du 20/12/2001, p. 49.

⁴⁶¹ . V. les règlements du Conseil n° 1338/2001 et 1339/2001 examinés ci-dessus.

⁴⁶² . Décision de la BCE du 5 décembre 2002 concernant les comptes annuels de la Banque centrale européenne (**BCE/2002/11**), *J.O.* n° L 058 du 03/03/2003, p. 38. Précédemment, v. la décision du 1er

membres non participants », elles ne sont utilisées que très rarement dans les imposantes annexes d'une façon qui ne remettent pas en cause le caractère uniforme de la décision (notamment en faisant allusion aux opérations du TARGET).

On terminera ce survol par une décision de la BCE relative à la gestion des opérations d'emprunt et de prêt conclues par la Communauté européenne dans le cadre du mécanisme de soutien financier établi par le règlement du Conseil n° 332/2002 évoqué ci-dessus ⁴⁶³. Tout comme le règlement, la décision a une portée générale même si le système en question ne subsiste qu'au profit des seuls États membres non participants ⁴⁶⁴. Elle a été adoptée par le Conseil général au titre des missions transitoires de la BCE visées à l'article 44 des statuts du SEBC, conformément à l'article 47.1 des statuts.

C. Les orientations de la BCE ⁴⁶⁵

Bien que les « orientations » constituent un instrument privilégié de l'action de la BCE, elles ne relèvent pas de la typologie normative ordinaire des actes de la BCE. Seul l'article 12.1 des statuts évoque leur rôle : elles sont arrêtées par le Conseil des gouverneurs dans l'accomplissement des missions confiées au SEBC. Plus particulièrement, elles sont destinées à exécuter les décisions du Conseil des gouverneurs concernant les objectifs monétaires intermédiaires, les taux directeurs et l'approvisionnement en réserve dans le SEBC.

Le statut juridique des « orientations » n'est guère évident. L'article 12.1 des statuts indique que le directoire doit s'y conformer lorsqu'il met en oeuvre la politique monétaire, notamment en donnant des instructions aux banques centrales nationales, tandis que l'article 14.3 desdits statuts précisent que ces banques « agissent conformément aux orientations (et aux instructions) » de la BCE, ce qui permet de les

décembre 1998 concernant les comptes annuels de la Banque centrale européenne, modifiée le 15 décembre 1999 et le 12 décembre 2000 (**BCE/2000/16**), *J.O.* n° L 033 du 02/02/2001, p. 1.

⁴⁶³ . Décision du 7 novembre 2003 (BCE/2003/14), *J.O.* n° L 297 du 15/11/2003, p. 35.

⁴⁶⁴ . V. l'article 119 et 122, § 6 du TCE.

⁴⁶⁵ . Sur cette question, v. E. de Lhoneux, « Du Conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, p. 239.

considérer comme des agents d'exécution de la BCE ⁴⁶⁶. Quoi qu'il en soit, ces articles qui fondent le caractère obligatoire des orientations ont été rendus inapplicables aux États non participants, de sorte que le principe de différenciation du champ d'application « interétatique » des orientations semble ainsi formellement posé (à l'instar des actes relevant de la typologie de l'article 34 des statuts), même si le préambule des orientations ne relate jamais le statut spécial de ces deux articles, conformément l'article 43 des statuts.

L'examen de la pratique montre que les orientations sont pratiquement toujours adressées à des banques centrales nationales, en l'occurrence celles des États membres participants ⁴⁶⁷. Une clause précise expressément, au terme du dispositif de chaque orientation, que celle-ci « *est adressée aux (à toutes les) banques centrales nationales des États membres participants* » ⁴⁶⁸, ou encore aux BCN des États membres « *ayant adopté la monnaie unique conformément au traité* » ⁴⁶⁹, ou tout simplement « *aux BCN participantes* » ⁴⁷⁰.

En outre, une telle différenciation semble logique dès lors que dans la plupart des cas, les *bases juridiques* des orientations, qui figurent dans les statuts du SEBC, ont également été rendues *inapplicables aux non participants*, même si ce fait n'est que très rarement indiqué dans le préambule des orientations en question ⁴⁷¹. Il s'agit par exemple de l'article 3 des statuts ⁴⁷², de l'article 16 des statuts (émission de billets) ⁴⁷³, des articles 18.2 et 20 (instruments de politique monétaire) ⁴⁷⁴, des articles 18.2 et

⁴⁶⁶ . C. Zilioli, M. Selmayr, précité.

⁴⁶⁷ . On a pu observé dans un cas une orientation adressée directement « États membres participants », v. l'orientation BCE/2003/12 citée ci-dessous.

⁴⁶⁸ . Il arrive qu'une orientation soit simplement « adressée aux BCN », les BCN étant préalablement définies comme celles « des États membres participants » ou « de la zone euro » (v. par exemple les orientations BCE/2001/8 ou 2002/10, citées ci-dessous).

⁴⁶⁹ . V. par exemple l'orientation BCE/2002/6 citée ci-dessous.

⁴⁷⁰ . V. par exemple l'orientation BCE/2004/13 citée ci-dessous.

⁴⁷¹ . V. par exemple, l'orientation BCE/2003/12, citée ci-dessous qui se réfère à l'article 43.1, ou encore l'orientation BCE/2004/13 qui se réfère à l'article 43.4.

⁴⁷² . V. Orientation du 26 avril 2001 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET) (BCE/2001/3), *J.O.* n° L 140 du 24/05/2001, p. 72, également en combinaison avec l'article 17 des statuts, applicable à tous, et les articles 18 et 22 des statuts, inapplicables aux non participants. Cette orientation remplace l'orientation (BCE/2000/9).

⁴⁷³ . Orientation de la Banque Centrale Européenne 22 avril 1999 concernant l'autorisation d'émettre des billets nationaux au cours de la période transitoire (BCE/1999/NP11), *J.O.* n° L 055 du 24/02/2001, p. 71. V. aussi l'orientation de la BCE du 16 septembre 2004 relative à l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2004/18), *J.O.* n° L 320 du 21/10/2004, p. 21.

30.6 (opérations de politique monétaire et de change)⁴⁷⁵, de l'article 23 (gestion des réserves en euros des pays tiers)⁴⁷⁶, des articles 30 et 32 (transfert d'avoires de réserve de change à la BCE et répartition du revenu monétaire)⁴⁷⁷, de l'article 30.6 (gestion des avoires de réserve)⁴⁷⁸, de l'article 31.3 (transactions sur fonds de roulement en devises)⁴⁷⁹ ou encore de l'article 52 des statuts (échange des billets libellés en monnaie communautaire)⁴⁸⁰.

On mentionnera toutefois un cas plus ambigu d'une orientation concernant les billets en euros⁴⁸¹. Bien qu'elle se fonde sur l'article 16 des statuts, ainsi qu'une décision préalable de la BCE dont on a vu qu'elle ne s'appliquait, matériellement, qu'aux États membres participants⁴⁸², certains articles de l'orientation en question semblent viser

⁴⁷⁴. Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'*Eurosystème* (BCE/2000/7), *J.O.* n° L 310 du 11/12/2000, p. 1.

⁴⁷⁵. Orientation de la BCE du 26 septembre 2002 relative aux normes minimales applicables à la Banque centrale européenne et aux banques centrales nationales lors de la conduite des opérations de politique monétaire et des opérations de change effectuées avec les réserves de change de la BCE et lors de la gestion des avoires de réserve de change de la BCE (**BCE/2002/6**), *J.O.* n° L 270 du 08/10/2002, p. 14.

⁴⁷⁶. Orientation de la BCE du 1er juillet 2004 relative à la prestation par l'*Eurosystème* de services en matière de gestion des réserves en euros aux banques centrales de pays n'appartenant pas à l'Union européenne, aux pays n'appartenant pas à l'Union européenne et aux organisations internationales (**BCE/2004/13**), *J.O.* n° L 241 du 13/07/2004, p. 68.

⁴⁷⁷. Orientation de la Banque centrale européenne du 3 novembre 1998 modifiée par l'orientation du 16 novembre 2000 relative à la composition et à la valorisation des avoires de réserve de change et aux modalités de leur transfert initial ainsi qu'à la dénomination et à la rémunération des créances équivalentes, (BCE/2000/15), publiée en annexe à la décision de la BCE (2000/14), précitée.

⁴⁷⁸. Orientation de la Banque centrale européenne du 3 février 2000 concernant la gestion des avoires de réserves de change de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales et la documentation juridique sur les opérations portant sur les avoires de réserves de change de la Banque centrale européenne (BCE/2000/1), *J.O.*, n° L 207 du 17/08/2000, p. 24.

⁴⁷⁹. Orientation de la BCE du 23 octobre 2003 relative aux transactions effectuées sur leurs fonds de roulement en devises par les États membres participants, en vertu de l'article 31.3 des statuts du système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne (**BCE/2003/12**), *J.O.* n° L 283 du 31/10/2003, p. 81.

⁴⁸⁰. Orientation de la Banque centrale européenne du 3 novembre 1998 concernant la mise en œuvre de l'article 52 des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne (BCE/1998/NP10), *J.O.* n° L 055 du 24/02/2001, p. 69. V. aussi la version consolidée de l'orientation BCE/2000/6 du 20 juillet 2000 concernant la mise en œuvre de l'article 52 des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne à l'expiration de la période transitoire, modifiée par l'orientation **BCE/2001/10**, *J.O.* n° C 325 du 21/11/2001, p. 14.

⁴⁸¹. Orientation de la BCE, du 26 août 1998, concernant certaines dispositions relatives aux billets en euros, modifiée le 26 août 1999 (**BCE/1999/3**), *J.O.*, n° L 258 du 05/10/1999, p. 32. *Comp.* l'orientation de la BCE du 20 mars 2003 relative aux mesures applicables aux reproductions irrégulières de billets en euros ainsi qu'à l'échange et au retrait des billets en euros (**BCE/2003/5**), *J.O.* n° L 078 du 25/03/2003, p. 20. Cette orientation, qui modifie l'orientation (BCE/1999/3) sur plusieurs points, vise à mettre en œuvre la décision de la BCE précitée 2003/4 relative à la reproduction de billets..

⁴⁸². V. *supra* la décision (BCE/1999/2) citée ci-dessus.

toutes les banques centrale nationales sans distinction ⁴⁸³, dès lors que d'autres visent expressément les « BCN des États membres participants » ⁴⁸⁴. Une autre orientation, également adoptée sur base de l'article 16 des statuts, a pour objet de fixer le cadre contractuel de la préalimentation en euros hors de la zone euro ; on pourrait se demander dans quelle mesure ce cadre n'est pas directement opposable aux banques centrales situées en dehors de la zone euro, en ce compris les États membres non participants ⁴⁸⁵.

Dans d'autres cas cependant, les orientations sont adoptées par la BCE en se fondant sur une base juridique des statuts *applicable à tous les États membres*, tout en continuant d'être formellement adressée aux seuls destinataires participant à la monnaie unique.

Les cas les plus exemplaires résident sans doute dans les orientations concernant les statistiques, sur base de l'article 5.1 des statuts. L'on rappellera à cet égard que le Conseil avait adopté un règlement en la matière (n° 2533/98) souvent visé par les orientations en question, applicable à tous les États au titre de législation complémentaire des statuts, mais qui prévoyait un régime « minimal » spécifique pour les non participants. La BCE a ensuite arrêté des règlements plus spécifiques concernant les statistiques sur les taux d'intérêt appliqués par les institutions financières monétaires ⁴⁸⁶, ou concernant le bilan financier du secteur des institutions financières monétaires ⁴⁸⁷. Le principe de non application aux non participants n'était pas remis en cause par ces règlements qui, au plus, rappelaient le régime minimal spécifique ou leurs obligations générales en vertu des traités.

La BCE a arrêté plusieurs orientations en matière de statistiques qui pourraient laisser planer le doute quant à leur champ d'application réel, notamment du fait que contrairement à bon nombre d'autres orientations, la notion de « BCN » n'y est jamais

⁴⁸³ . V. par exemple l'article 1 de l'orientation concernant le copyright.

⁴⁸⁴ . V. par exemple, l'article 3, § 4 de l'orientation relatif à l'accès à toutes les données techniques stockées dans la base de données sur les monnaies contrefaites.

⁴⁸⁵ . Orientation de la BCE du 13 septembre 2001 adoptant certaines dispositions relatives à la préalimentation en billets en euros hors de la zone euro (**BCE/2001/8**), *J.O.* n° L 257 du 26/09/2001, p. 6. *Comp.* l'orientation de la BCE du 10 janvier 2001 adoptant certaines dispositions relatives au passage à l'euro fiduciaire en 2002 (**BCE/2001/1**), *J.O.* n° L 055 du 24/02/2001, p. 80

⁴⁸⁶ . V. le règlement précité (BCE/2001/18).

⁴⁸⁷ . V. les règlements (BCE/1998/16) et (BCE/2001/13) précités

définie préalablement comme « BCN des États participants ». Toutefois, le contenu de certaines orientations laissent apparaître clairement qu'elles ne visent et ne concernent que les États participants à la monnaie unique. Tel est le cas pour les orientations sur les exigences en matière de statistiques relatives à la balance des paiements et à la position extérieure de la zone euro : les États membres non participants sont considérés comme des tiers dans la définition de « transaction internationale » ou de « position internationale »⁴⁸⁸. De même, l'orientation relative aux obligations de déclaration statistique en matière de comptes financiers trimestriels fait clairement apparaître qu'il s'agit de comptes financiers trimestriels « de la zone euro »⁴⁸⁹. Par ailleurs, le fait que la notion d'État membre non participant apparaisse dans certaines orientations ne signifie pas qu'ils soient nécessairement visés comme destinataires de droits ou d'obligations en tant que tels, mais simplement au titre de définition matérielle de l'objet des orientations adressées aux BCN participantes⁴⁹⁰.

En revanche, l'orientation concernant la protection de la confidentialité des informations statistiques collectées par la BCE pourrait bien concerner tous les États membres, à l'instar de l'article 8 du règlement du Conseil (n° 2533/98) que l'orientation tend à mettre en oeuvre⁴⁹¹. De même, l'orientation sur les statistiques de finances publiques vient compléter les statistiques qui sont déjà mises à disposition par tous les États membres, conformément au règlement du Conseil n° 3605/93

⁴⁸⁸ . V. l'Orientation de la BCE du 1er décembre 1998, sur les exigences de la Banque centrale européenne en matière de statistiques relatives à la balance des paiements et à la position extérieure (BCE/1998/17), *J.O.*, n° L 115 du 04/05/1999, p. 47, ainsi que les orientations ultérieures qui se sont succédées (Orientation de la BCE du 16 juillet 2004 relative aux obligations de déclaration statistique établies par la Banque centrale européenne concernant les statistiques de la balance des paiements et de la position extérieure globale et le cadre de diffusion des données sur les réserves de change (BCE/2004/15), *J.O.* n° L 354 du 30/11/2004, p. 34 ; Orientation du 2 mai 2003 (BCE/2003/7), *J.O.* n° L 131 du 28/05/2003, p. 20 ; Orientation du 11 mai 2000, (BCE/2000/4), *J.O.* n° L 168 du 23/6/2001, p. 25

⁴⁸⁹ . Orientation de la BCE du 21 novembre 2002 relative aux obligations de déclaration statistique établies par la Banque centrale européenne en matière de comptes financiers trimestriels (BCE/2002/7), *J.O.* n° L 334 du 11/12/2002, p. 24, considérant n° 4.

⁴⁹⁰ . V. par exemple l'orientation de la BCE du 6 février 2003 relative à certaines obligations de déclaration statistique établies par la Banque centrale européenne et aux procédures de déclaration par les banques centrales nationales des informations statistiques en matière de statistiques monétaires et bancaires (BCE/2003/2), *J.O.* n° L 241 du 26/09/2003, p. 1 (qui remplace l'orientation BCE/2002/5, *J.O.* n° L 220 du 15/08/2002, p. 67). Cette orientation, contrairement à d'autres, ne définit pas la notion d'« États membres non participants », bien qu'elle apparaisse souvent dans les annexes, v. les pages 75, 191, 193, 291, 293, 340, 359, 361, 370, 372, 373, 374 et 455.

⁴⁹¹ . Orientation de la BCE du 22 décembre 1998 concernant les règles communes et les normes minimales pour la protection de la confidentialité des informations statistiques individuelles collectées par la Banque centrale européenne assistée par les banques centrales nationales (BCE/1998/NP28),

(précité) relatif à l'application du protocole sur la procédure concernant les déficits publics ⁴⁹².

Quoi qu'il en soit, malgré la référence à l'article 5.1 des statuts, le Conseil général n'est jamais impliqué dans la procédure d'adoption de ces orientations.

Les orientations en matière statistique ne sont pas les seules à se fonder sur une base juridique d'application générale. Il en va de même pour les orientations de la BCE adoptées sur base de l'article 26.4 des statuts concernant la normalisation des procédures comptables et d'information relatives aux opérations des banques centrales des États membres, en principe sans distinction ⁴⁹³. Seul le Royaume-Uni est exempté de l'application de cet article à son égard ⁴⁹⁴. Ces orientations représentent le seul cas, à notre connaissance, d'orientations qui ont été adoptées à la suite d'une contribution du Conseil général, conformément à l'article 47 des statuts ⁴⁹⁵. Il s'agit également d'un des rares exemples d'orientation où la notion d' « État membre non participant » y est expressément définie au premier article. Pourtant, mis à part l'une ou l'autre mention à ceux-ci dans les annexes de ces orientations ⁴⁹⁶, il n'y est jamais fait référence dans le corps de celles-ci, et il apparaît en définitive qu'elles ne s'adressent qu'aux banques centrales des États participants, à l'instar des autres orientations.

En conclusion, mises à part l'une ou l'autre ambiguïté, il apparaît que les orientations de la BCE s'adressent en principe toujours aux seules banques centrales nationales des États participants, indépendamment du champ d'application de la base juridique

J.O. n° L 055 du 24/02/2001, p. 72 (publiée en annexe à la décision de la BCE du 10 novembre 2000 (BCE/2000/12), précitée)

⁴⁹². Orientation de la BCE du 17 février 2005 relative aux obligations de déclaration statistique établies par la BCE et aux procédures d'échange d'informations statistiques au sein du Système européen de banques centrales en matière de statistiques de finances publiques (**BCE/2005/5**), *J.O.* n° L 109 du 29.4.2005, p. 81.

⁴⁹³. Orientation de la BCE du 1er décembre 1998 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information dans le Système européen de banques centrales, modifiée le 15 décembre 1999 et le 14 décembre 2000, (BCE/2000/18), *J.O.* n° L 033 du 02/02/2001, p. 21. Cette orientation a été remplacée par l'orientation de la BCE du 5 décembre 2002 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information financière dans le Système européen de banques centrales (**BCE/2002/10**), *J.O.* n° L 058 du 03/03/2003, p.1.

⁴⁹⁴. Point 8 du protocole « britannique ».

⁴⁹⁵. En revanche, l'orientation (BCE/2001/1), citée ci-dessus, n'a pas demandé la contribution du Conseil général, nonobstant la référence à l'article 26.4 des statuts du SEBC.

⁴⁹⁶. V. par exemple les pages 48 et 55 de l'orientation (BCE/2000/18) précitée.

(dans les statuts) qui fonde son action. De la sorte, le critère déterminant réside dans le principe d'inapplication posé indirectement par le traité (v. *supra*), voire dans la nature des organes décisionnels. Ces aménagements constitutionnels autorisent de considérer la clause finale de chacune des orientations comme différenciant *formellement* le champ d'application « interétatique » de celles-ci, et non pas *matériellement* ⁴⁹⁷. On observera à cet égard que plusieurs orientations ne font pas apparaître dans leur contenu, « matériellement », les destinataires des règles posées, même si une certaine redondance avec la clause finale apparaît quelques fois indirectement, via les définitions initiales qui visent les BCN des États membres ⁴⁹⁸.

D'autre part, on pourrait être amené à considérer que c'est par crainte que l'on déduise de leur clause finale que les orientations ne relèvent pas de l'acquis communautaire, que le préambule de toutes les orientations sans exception se termine par la précision que « *conformément aux articles 12.1 et 14.3 des statuts, les orientations de la BCE font partie intégrante du droit communautaire* ». Cette formule contraste, il est vrai, avec celle du traité de Nice indiquant que le produit des coopérations renforcées ne « fait pas partie de l'acquis de l'Union » ⁴⁹⁹. Il apparaît cependant que c'est davantage pour affirmer le caractère obligatoire des orientations, (voire leur applicabilité directe et leur primauté), que cette formule s'est standardisée à la fin de leur préambule ⁵⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, nous avons déjà soutenu qu'une telle crainte était peu fondée, qu'il n'y avait pas de contradiction à ce qu'un acte de droit communautaire soit pourvu d'un champ d'application « interétatique » formellement limité.

Il reste que la formule est curieuse à plus d'un titre. D'abord, nous l'avons vu, les articles mentionnés font précisément partie de ceux qui sont expressément rendus inapplicables aux États membres, ce qui sans doute justifie le dispositif de la clause finale des orientations. On ne voit en tous cas pas en quoi ces deux articles donneraient une indication sur la nature de droit communautaire des orientations.

⁴⁹⁷ . *Contra*, C. Zilioli et M. Selmayr, précités, 2001, p. 165, pour qui seuls les « *substantive effects* » sont différenciés.

⁴⁹⁸ . V. par exemple les orientations précitées (BCE1998/NP/10), (BCE/2000/01), (BCE/2000/18).

⁴⁹⁹ . Article 44, § 1 du TUE. Sur cette disposition, v. Chapitre 7.

⁵⁰⁰ . Cette information provient du professeur J.V. Louis.

Ensuite, comme une telle affirmation de principe n'apparaît jamais dans les autres types d'actes de la BCE (règlements, décisions), le risque existe que l'on déduise à leur égard un raisonnement *a contrario*.

D. Les recommandations de la BCE

L'on notera encore que les recommandations de la BCE, bien qu'elles puissent également leur fondement juridique dans les articles 110 du TCE et 34 des statuts du SEBC (inapplicables aux non participants), peuvent aussi s'adresser à tous les États membres. Preuve en est la Recommandation de la Banque centrale européenne du 7 juillet 1998 concernant l'adoption de certaines mesures visant à renforcer la protection juridique des billets et des pièces en euros⁵⁰¹, laquelle s'adresse en outre au Conseil, au Parlement et à la Commission. Il est vrai que les recommandations « ne lient pas ».

IV. Synthèse des aménagements au sein du SEBC et appréciation critique

A l'instar du cadre communautaire, les aménagements « constitutionnels » liés à la différenciation des États membres consistent à différencier le champ d'application d'un certain nombre de base juridique des statuts du SEBC et à confier le pouvoir de décision aux organes de la BCE dont sont exclus les États qui n'ont pas adopté la monnaie unique. Toutefois, ces aménagements sont plus profonds dans le cadre du SEBC, non seulement par le nombre des bases juridiques en question, mais aussi par le fait que, mise à part la contribution occasionnelle du Conseil général, c'est en règle que les États non participants et leur banque centrale sont exclus du pouvoir de décision. En effet, c'est particulièrement dans le cadre du SEBC qu'opère la « coopération renforcée » par excellence en matière de politique monétaire, qui ne concerne pas ceux qui ont préservé leur souveraineté en ce domaine.

Nous tenterons dans cette synthèse d'examiner les liens qui se tissent entre ces deux types d'aménagements constitutionnels, et notamment le rôle du Conseil général.

⁵⁰¹. (BCE/1998/7), n° C 011 du 15/01/1999, p.13, en particulier le point 8.

En outre, contrairement au cadre communautaire, la question du champ d'application des actes arrêtés par la BCE est indirectement réglée par les statuts du SEBC, en rendant inapplicables aux non participants les dispositions des statuts qui définissent et fondent le caractère obligatoire de ces actes. De la sorte, la nature formelle de la différenciation du champ d'application « interétatique » de ces actes est davantage marquée que pour les actes du Conseil. Une exception à ce principe — mais elle est de taille — concerne certaines décisions « hors typologie » de la BCE qui ont une portée générale, sans différenciation parmi les États membres.

Pourtant, à l'instar des actes du Conseil, ceux de la BCE tendent également à donner des indications quant à leur champ d'application dans le corps même de ces actes. En général, cette technique de différenciation « matérielle » vient en quelque sorte confirmer le principe d'inapplication aux non participants posé indirectement par le traité, mises à part les décisions « hors typologie » en question. Nous tenterons de faire la synthèse de la pratique de la BCE en la matière.

A. Dialectique entre les arrangements institutionnels du SEBC et le champ d'application différencié des bases juridiques des statuts du SEBC

A l'instar de ce que nous avons fait pour le cadre communautaire, il semble utile de clarifier le lien qui s'établit entre les aménagement institutionnels du SEBC et le champ d'application des dispositions des statuts.

En règle générale, mis à part l'un ou l'autre cas, le pouvoir de décision est totalement aux mains de deux organes de décision dont sont exclus les non participants, indépendamment du champ d'application des bases juridiques réservées à la BCE. Il s'agit là d'une différence notable avec les actes du Conseil dont les actes adoptés en formation restreinte restent relativement peu nombreux.

A première vue, il y aurait néanmoins une certaine correspondance entre les bases juridiques de la BCE qui visent tous les États sans exception, et celles où le Conseil général est appelé à « contribuer » (voire décider dans l'un ou l'autre cas), même si

dans la pratique, le Conseil général n'est pas systématiquement consulté ⁵⁰². Ainsi, toutes les bases juridiques visées à l'article 47 des statuts s'appliquent effectivement bien à tous les États membres sans exception ⁵⁰³.

Toutefois, en examinant de près la liste des dispositions du SEBC, l'on aperçoit que certaines bases juridique réservées à la BCE ne prévoient pas de passer par la contribution du Conseil général alors que leur champ d'application « interétatique » est de portée générale, sans limitation. Il en va par exemple ainsi pour les missions spécifiques éventuelles de la BCE en matière de contrôle prudentiel (art. 25.2 des statuts), pour la libération du capital des participants à la monnaie unique (article 28 des statuts) ou encore pour saisir la Cour de justice (art. 35.5 des statuts).

Inversement, dans deux cas qui ont trait, l'un à la procédure formelle de consultation de la BCE par les BCN, l'autre à la normalisation des procédures comptables, le gouverneur de la Banque d'Angleterre prend part à la contribution du Conseil général dans le cadre d'une base juridique qui ne lui est formellement pas applicable ⁵⁰⁴.

En définitive, s'il n'y a donc pas de corrélation stricte entre le champ d'application général des bases juridiques du SEBC et l'association du Conseil général au processus de décision, il y a lieu de croire qu'un tel lien ait été pensé lors de l'élaboration du traité de Maastricht. Les exceptions évoquées ci-dessus viendraient seulement « confirmer la règle ». S'il en allait autrement, il serait difficile de donner un sens à la limitation du champ d'application de certaines bases juridiques des statuts dès lors que, comme nous l'observerons ci-dessous, la corrélation entre le champ d'application des bases juridiques des statuts et celui des actes adoptés par la BCE est encore plus lâche.

B. Fondements constitutionnels de la différenciation du champ d'application des actes de la BCE

⁵⁰² . V. par exemple les règlements et les orientations de la BCE en matière statistique, adoptés sur base de l'article 5 des statuts du SEBC.

⁵⁰³ . V. les articles 4, 5, 15, 25.1, 26.4, 29.4, 36 et 44 des statuts du SEBC.

Ainsi que nous l'avons vu, plusieurs raisons sont susceptibles de justifier un champ d'application limité des actes de la BCE aux seuls États membres participants ou à leur banque centrale respective. En général, ces actes sont adoptés par le Conseil des gouverneurs ou le directoire dont sont exclus les autres États, et ils sont adoptés en se fondant sur une base juridique qui leur est formellement inapplicable.

Toutefois, un examen plus détaillé de la pratique législative nous conduit à relativiser ces fondements dès lors qu'ils sont rarement relatés expressément dans le préambule des actes et qu'ils connaissent de nombreuses exceptions.

Ainsi, il existe des cas où les actes de la BCE ne s'adressent qu'aux États membres participants alors qu'ils se fondent, au moins indirectement, sur une base juridique des statuts applicable à tous, notamment en matière statistique ou encore de normalisation comptable. On observera d'ailleurs avec intérêt que ces actes laissent parfois planer quelque ambiguïté sur leur inapplication réelle aux non participants. Inversement, il arrive que certaines décisions « hors typologie » d'application générale se fondent sur une base juridique dont le champ d'application a été formellement limité aux participants à la monnaie unique, notamment en ce qui concerne le système de surveillance de la fausse monnaie ou encore les comptes annuels de la BCE. De la sorte, *le champ d'application de la base juridique ne constitue pas un critère décisif de la définition du champ d'application des actes de la BCE*, contrairement à ce que nous avons conclu à propos des actes du Conseil.

Le lien entre le champ d'application des actes de la BCE et la composition des organes de décision n'est pas non plus clairement établi. Il est vrai que dans les rares cas où le Conseil général est investi d'un pouvoir de décision, les actes s'appliquent à tout le monde sans distinction. Il est vrai aussi que lorsque la contribution du Conseil général est requise, la BCE adopte également une décision « hors typologie » d'application générale, mais dans un cas au moins, en matière de normalisation des procédures comptables, elle finit par adopter une orientation qui ne s'adresse en principe qu'aux banques centrales des États participants. Dans ce cas, ce sera sans

⁵⁰⁴. V. d'une part l'article 4 des statuts du SEBC et l'article 105, § 4 du TCE (visés par le protocole « britannique », point 5), et d'autre part l'article 26 des statuts du SEBC (visé par le protocole « britannique », point 8).

doute le champ d'application non différencié qui justifie le rôle du Conseil général, bien que comme nous l'avons vu, ce critère n'est pas non plus déterminant de façon systématique. Inversement, certaines décisions d'application générale ne sont pas précédées d'une contribution du Conseil général, comme c'est par exemple le cas pour les règles d'accès du public aux documents de la BCE ou encore les règles de prévention contre la fraude.

Il en résulte que le seul critère justifiant le champ d'application limité des actes de la BCE aux seuls participants réside bien dans le champ d'application limité de « bases juridiques » particulières, celles qui fondent le caractère obligatoire des actes de la BCE. C'est pareillement dû à l'absence d'une telle limitation pour les décisions « hors typologie » (*Beschluss*) que celles-ci trouvent à s'appliquer de façon générale, sans opérer de distinction parmi les États membres. On observera cependant que ce critère n'est presque jamais mis en évidence dans la pratique réglementaire de la BCE ⁵⁰⁵.

C. Dialectique entre la différenciation « formelle » et la différenciation « matérielle » du champ d'application des actes du SEBC

Contrairement à ce nous avons constaté à propos des actes du Conseil, le champ d'application « interétatique » des actes de la BCE est régi, fût-ce indirectement, par une disposition des statuts du SEBC — les « bases juridiques » particulières en question. Ce constat nous conduit à considérer la différenciation du champ d'application interétatique comme une différenciation « formelle » plutôt que matérielle : c'est l'acte en tant que tel, dans sa forme, à savoir en vertu du traité, qui ne s'applique pas aux États membres non participants ou à leur banques centrale, et sans que cela ne remette en question qu'il relève de l'ordre juridique communautaire ⁵⁰⁶. Au contraire des règlements de la BCE qui s'abstiennent de toute indication à cet égard pour éviter de reproduire les controverses relatives au champ d'application des règlements du Conseil, les orientations contiennent une clause finale précisant qu'elles ne s'adressent qu'aux banques centrales participantes, ce qui devrait être interprété comme un écho au principe posé par le traité. Il pourrait en aller de même

⁵⁰⁵. V. toutefois le règlement BCE/1994/4, qui se réfère aux articles 34.3 et 43.3 des statuts.

⁵⁰⁶. *Contra*, C. Zilioli et M. Selmayr, précités, 2001, pp. 165 et 166, v. aussi *supra*.

pour certaines décisions lorsque la clause finale indique que « les États membres participants sont destinataires de la présente décision ».

Pourtant, la pratique révèle ici aussi que les actes de la BCE précisent de surcroît presque toujours le champ d'application de ceux-ci dans leur contenu, que ce soit dans le dispositif même du texte, ou par le biais des définitions initiales.

Cette pratique de différenciation « matérielle » ne pose *a priori* pas de problème lorsqu'il ne s'agit que de confirmer le champ d'application « interétatique » limité aux États membres participant à la monnaie unique. Elle apparaît néanmoins à tout le moins quelque peu redondante avec le principe posé par le traité lui-même⁵⁰⁷. Elle pourrait aussi donner l'impression que les organes principaux de décision de la BCE dont sont exclus les non participants pourraient disposer de façon discrétionnaire du champ d'application des actes de la BCE. Et ce d'autant plus que contrairement aux actes du Conseil, la différenciation du champ d'application des actes de la BCE n'est pas systématiquement fonction du champ d'application des bases juridiques des statuts du SEBC. En revanche, la pratique consistant à s'immiscer dans la définition du champ d'application des actes de la BCE pourrait s'avérer problématique lorsque ces actes tendent à uniformiser leur champ d'application, ou du moins à ne pas être sans effet à l'égard des non participants ; nous avons vu à cet égard que certaines orientations de la BCE, qui ne sont pas dépourvues de toute ambiguïté sur ce point, pourrait le laisser croire, surtout lorsqu'elles se fondent sur une base juridique applicable à tous.

La question se présente différemment s'agissant des décisions « hors typologie » de la BCE. En effet, la limitation éventuelle de leur champ d'application n'est prévue nulle part dans le traité, de sorte que la pratique de différenciation « matérielle » n'est pas redondante à cet endroit. Dans certains cas, elle prend même la forme d'une clause finale précisant qu'elle ne s'adresse qu'aux États membres participants. Comme pour les actes du Conseil, une telle différenciation « matérielle » est toujours corroborée par le champ d'application limité des bases juridiques des statuts qui les fondent.

⁵⁰⁷ . Sur le caractère redondant de la précision du champ d'application matériel des actes de la BCE, v. dans le même sens J.V. Louis, *C MLRev.*, 1998, p. 66. L'auteur rappelle que l'article 34 des statuts du

Il reste que la majorité des décisions conservent leur portée générale, sans différenciation matérielle. Dans la plupart des cas, nous l'avons déjà évoqué, elles sont adoptées sur une base juridique également de portée générale, mais elles reposent parfois aussi sur une base juridique dont le champ d'application est limité (contrairement aux actes du Conseil qui font toujours l'objet d'une différenciation matérielle lorsqu'ils sont adoptés sur une telle base). Ces décisions apparaissent comme un instrument indispensable pour faire contrepoids au principe de non application aux non participants, qui s'avère sans doute trop rigide et systématique dans la pratique.

Une telle rigidité pourrait s'avérer problématique lorsque, par exemple, la BCE agit en exécution d'un règlement préalable du Conseil (agissant en formation « pleine ») dont le contenu organise un régime spécifique pour les non participants. Tel est le cas, nous l'avons vu, du règlement n° 2533/98 relatif à la récolte des informations statistiques, qui établit des obligations particulières minimales dans le chef des BCN ou autres établissements de crédit des États membres non participants. La BCE est en principe dans l'impossibilité de leur imposer des sanctions, ce que J.V. Louis considère justement comme une « *somewhat difficult asymmetry to live with* »⁵⁰⁸.

SEBC (l'équivalent de l'article 110 du TCE) « ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation » aux non participants à la monnaie unique ».

⁵⁰⁸. J.V. Louis, *CMLRev*, 1998, p. 67.

D. Tableaux de synthèse

Tableau 1 — Aménagements constitutionnels du SEBC

Organes différencié de la BCE	Champ d'application des bases juridiques	Champ d'application <i>formel</i> des actes de la BCE
Pas de contribution du Conseil général	différencié (souvent)	différencié, sauf décision générale
Pas de contribution du Conseil général	non différencié (parfois)	différencié, sauf décision générale
Contribution du Conseil général	non différencié (souvent)	différencié, sauf décision générale
Contribution du Conseil général	différencié (parfois)	différencié
Décisions du Conseil général	non différencié	décision générale

Tableau 2 — La différenciation « matérielle » du champ d'application des actes au regard des aménagements constitutionnels du SEBC ⁵⁰⁹

Actes de la BCE	différenciation « matérielle »	Base juridique statuts	Conseil général
Règlements	oui (redondante)	souvent différenciée	jamais impliqué
Orientations	oui (redondante)	souvent différenciée	rarement impliqué ⁵¹⁰
Décisions générales	oui	toujours différenciée	jamais impliqué
Décisions générales	non	critère non déterminant	souvent impliqué

⁵⁰⁹ . Ce tableau suppose que mises à part les décisions générales « hors typologie », le champ d'application des actes de la BCE est formellement définis au niveau du traité. Il examine la pratique de la différenciation matérielle au regard des autres aménagements constitutionnels du SEBC.

⁵¹⁰ . A notre connaissance, le Conseil général a été associé dans un seul cas d'orientation sur une base juridique non différenciée (normalisation des normes comptables).

TITRE IV. —

RELATIONS « EXTÉRIEURES » DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE

Après avoir analysé le cadre constitutionnel de la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté la monnaie unique ainsi que les aménagements qu'il implique dans le cadre communautaire et dans le cadre du SEBC, il convient de regarder de plus près les incidences de ce régime différencié sur la scène internationale. L'essentiel du dispositif figure à l'article 111 du TCE ⁵¹¹.

On examinera ensuite un autre aspect un peu particulier des relations « extérieures » de la « coopération renforcée » en question, à savoir les relations qu'elle entretient avec les autres États membres de l'Union qui n'ont pas adopté la monnaie unique. Un tel sujet peut paraître curieux à première vue dès lors que les sections précédentes ont déjà abordé la question. Les non participants sont intégrés dans une certaine mesure dans l'élaboration du cadre commun de l'UEM, et une procédure est prévue qui permet leur participation ultérieure à la monnaie unique, et partant à tout l'acquis propre à la zone euro. Entre-temps, une série d'actes ne leur sont pas applicables, ou un régime différencié leur est réservé. Dans certains cas, comme celui du mécanisme de soutien financier à la balance des paiements, le règlement du Conseil a précisément pour objet de régler certaines relations entre le groupe des participants et les autres États membres ⁵¹². Il reste que le besoin de coopération entre ces derniers n'est pas toujours encadré par le TCE, de sorte que cette coopération s'établit en marge de

⁵¹¹. Sur ce sujet, J.V. Louis, « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire » in E. Cannizaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, Kluwer Law International, p. 77, ainsi que *Les relations internationales de l'Union économique et monétaire*, in Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles (Colloque international de la Société Française pour le Droit International, Pedone, Paris, 2000). V. aussi F. Tuytschaever, « Omtrent EMU gedifferentieerde integratie en de externe betrekkingen van de EG », *SEW*, 9(1997), p. 313.

⁵¹². On pourrait également rappeler dans ce contexte le règlement 3603/93 du Conseil du 13 décembre 1993 précisant les définitions nécessaires à l'application des interdictions énoncées aux articles 101 et 103, § 1 du TCE (Golden rules). Ce règlement permet en effet, durant la troisième phase, de poursuivre, aux fins de gestion de réserves de change, les acquisitions par les Banques centrales de la zone euro d'instruments négociables de dette du secteur public d'un État membre non participant, et inversement, les acquisitions par les Banques centrales des non participants, d'instruments négociables de dette du secteur public d'un État membre participant à la zone euro (Article 2 du règlement n° 3603/93).

celui-ci. Ce cas de figure sera illustré par le nouveau mécanisme de taux de change (MTC 2) et dans une certaine mesure par le « système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel » (TARGET).

Assurément, il ne s'agit pas de relations extérieures au sens strict, mais l'intérêt est de pouvoir faire une comparaison par analogie afin de mieux comprendre la nature de ces relations entre États membres en dehors de l'ordre communautaire.

CHAPITRE 23. — RELATIONS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » AVEC LES ÉTATS TIERS

Le cadre constitutionnel des relations extérieures de la Communauté européenne afférant à l'Union économique et monétaire est particulièrement complexe et ambigu. Pas tellement en matière économique où les choses sont assez simples : les États conservent leur compétence externe, limitée toutefois comme sur le plan interne par les obligations liées à la coordination et à la convergence. En revanche, en matière monétaire, outre les problèmes classiques de répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres, ou d'équilibre institutionnel au sein de la Communauté, la situation est compliquée par l'existence et la nature particulière du SEBC, ainsi que par la différenciation opérée parmi les États membres entre ceux participant à la monnaie unique et les autres. De sorte qu'on a pu conclure à cet égard à des « situations babyloniennes »⁵¹³.

Qui dit complexité, dit controverse. Celle-ci a été particulièrement vive dans la doctrine. D'un côté, l'on présente une conception classique qui certes reconnaît certaines fonctions à la BCE sur le plan international, mais pas plus que celles expressément reconnues par ou en vertu des traités, et en toute hypothèse, en agissant au nom et pour compte de la Communauté⁵¹⁴. Cette conception, tracée à grand traits,

⁵¹³ . « *Babylonische toestanden* », F. Tuytschaever, « Omtrent EMU gedifferentieerde integratie en de externe betrekkingen van de EG », *SEW*, 9 (1997), p. 319.

⁵¹⁴ . R. Torrent, « Whom is the European Central Bank the Central Bank of? Reaction to Zilioli and Selmayr », *CML Rev.*, 36, 1999, p. 1229 et s. En revanche, il semble que dans la pratique, la BCE agisse pour son propre au sein de la BRI (Banque des règlements internationaux).

semble la plus proche de la pratique en cours ⁵¹⁵. D'un autre côté, une approche maximaliste, mais remarquablement bien construite, considère la BCE comme une « *independent specialized organization of Community law* »⁵¹⁶ pourvue d'une personnalité juridique internationale et de compétences internationales qui lui sont propres, en ce compris des compétences implicites. Cette approche suggère dès lors d'examiner la répartition horizontale des compétences « au niveau communautaire » entre la Communauté européenne, dont le Conseil est le principal acteur en la matière, et la BCE, notamment en appliquant (par analogie ⁵¹⁷) le principe du parallélisme des compétences internes et externes développé par l'arrêt *AETR* de la Cour de justice.

L'on ne peut ici entrer dans le détail de cette discussion. Seule nous intéresse à cet endroit l'incidence de la non-participation de certains États membres à la monnaie unique sur les relations internationales de la Communauté (ou de la zone euro) et/ou de la BCE, dans la mesure où ces États ont conservé leur compétence en matière monétaire et de change. L'essentiel du régime général de ces relations est réglé par l'article 111 du TCE. On examinera ensuite le statut particulier dont bénéficient certains États membres de la zone euro.

I. Régime général : article 111 du TCE

Tandis que les deux premiers paragraphes de l'article 111 du TCE visent des compétences communautaires particulières ⁵¹⁸, les paragraphes 3 et 4 sont des

⁵¹⁵ . La résolution du Conseil européen du 13 décembre 1997 évoque « la contribution que la Communauté apportera par l'intermédiaire du SEBC », et indique que « le Conseil et la BCE rempliront leurs tâches dans la représentation de la Communauté au niveau international ... » (Résolution du Conseil Européen de Luxembourg du 13 décembre 1997 sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'UEM et sur les articles 109 et 109 B – (entendez : 111 et 113 – du TCE), *J.O.* n° C 35 du 2/02/1998, points 7 et 10). De même, le rapport du Conseil Ecofin *sur la représentation extérieure de la zone euro et la coordination des politiques économiques*, avalisé par le Conseil européen de Vienne de décembre 1998 (ci-après, « Rapport Ecofin du sommet de Vienne »), se réfère à « la participation de la BCE à la représentation de la Communauté » au sein d'enceintes internationales, *Bulletin Quotidien Europe*, n° 2116, 23 décembre 1998, (point 7).

⁵¹⁶ . C. Zilioli, M. Selmayr, « The European Central Bank : an Independent specialized organization of Community Law », *CMLRev.*, 2000, p. 591. Des mêmes auteurs, "The External Relations of the Euro Area: Legal Aspects", *CMLRev.*, 1999, p. 315. Cette thèse a été reprise dans C. Zilioli, M. Selmayr, précité, 2001.

⁵¹⁷ . En effet, l'arrêt *AETR* concerne la répartition verticale des compétences entre la Communauté et ses États membres.

⁵¹⁸ . Le premier paragraphe permet au Conseil de conclure des accords formels importants tels que des accords multilatéraux instituant un nouveau système monétaire international (Bretton woods II) ou en

dispositions procédurales générales concernant essentiellement la matière monétaire qui désignent le Conseil comme acteur central : dans le premier cas pour « décider des arrangements relatifs aux négociations et à la conclusion d' *accords* sur des questions se rapportant au régime monétaire et de change », dans le second pour décider de la *position* qu'occupe la Communauté au niveau international ainsi que de sa *représentation* ⁵¹⁹ « en ce qui concerne des questions qui revêtent un intérêt particulier pour l'UEM »⁵²⁰. C. Zilioli et M. Selmayr voient en outre dans l'article 111, § 3 du TCE une règle de compétence matérielle en faveur de la Communauté, à interpréter strictement dès lors que le détenteur naturel de la compétence externe en cette matière serait la BCE, selon les auteurs ⁵²¹, (du moins s'agissant de la projection externe de la politique monétaire sur le plan interne).

Quelle que soit la portée exacte de la compétence matérielle externe de la Communauté en la matière au regard de l'article 111 du TCE ⁵²², il en résulte que le Conseil est susceptible, sur cette base, d'arrêter aussi bien des décisions de nature substantielle (positions, accords) que de nature procédurale, à savoir décider au cas par cas du rôle respectif de la BCE, la Commission et de la présidence du Conseil (ou de l'*Eurogroupe*) sur la scène internationale (négociation, représentation), voire d'un État membre (v. *infra*).

Pour toutes ces décisions, nous avons vu que l'article 111 du TCE qui les fonde fait partie des dispositions rendues inapplicables aux non participants à la monnaie unique

encore des accords plurilatéraux entre grandes puissances financières mondiales. Une telle perspective ne semble pas à l'ordre du jour. Le second paragraphe prévoit qu'en l'absence d'un tel système de taux de change vis-à-vis de monnaies non communautaires, le Conseil puisse formuler des orientations générales de politique de change (allusion aux accords *Plaza* et *Louvre*, sur ce point, v. C. Zilioli et M. Selmayr *CMLRev*, 1999, p. 308). Le Conseil européen a affirmé que ceci ne pourrait se produire que dans des circonstances exceptionnelles (Résolution du 13 décembre 1997 précitée, point 8).

⁵¹⁹ . La résolution du Conseil européen du 13 décembre 1997, précitée, précise qu'il s'agit de « représentation » tant des relations bilatérales que des travaux se déroulant dans des enceintes internationales ou des groupements informels (point 9).

⁵²⁰ . Le traité de Nice a étendu le vote à majorité qualifiée pour les décisions du Conseil relatives à la représentation, lequel était déjà prévu pour la « position » et les arrangements relatifs aux « accords ». En outre, une déclaration adoptée par la conférence prévoit que « les procédures soient telles qu'elles permettent à tous les États membres de la zone euro une pleine implication à chaque étape de la préparation de la position de la Communauté au niveau international... ».

⁵²¹ . *CMLRev*, 1999, p. 292 à 295 et s.

⁵²² . Si au contraire de ce qu'estiment Zilioli et Selmayr, la Communauté était titulaire d'une compétence externe implicite résiduelle, les conséquences de l'exercice de cette compétence sur le plan de la différenciation devraient être analogues aux conséquences de l'exercice des mêmes compétences matérielles sur le plan interne.

⁵²³, lesquels se voient suspendre leur droit de vote au sein du Conseil lorsqu'il agit sur cette base. En conséquence, aucun des actes du Conseil adoptés sur base de l'article 111 du TCE ne devraient lier les non participants ⁵²⁴. A cet égard, l'on notera avec intérêt, compte tenu de notre discussion antérieure sur le champ d'application des actes du Conseil (et de la BCE), que c'est en arguant de la suspension du droit de vote que le Conseil européen (dans sa résolution du 13 décembre 1997 ⁵²⁵) précise que l'article 111, § 4 (mais il devrait alors en aller logiquement de même pour les trois premiers paragraphes de l'article 111 du TCE) « *a une portée nécessairement limitée* » ⁵²⁶. Ainsi, bien que l'article 111 du TCE se réfère fréquemment à la Communauté, c'est une Communauté dont le champ d'application « interétatique » est réduit qu'il faut entendre, même si cela n'est expressément précisé qu'à l'égard du Royaume-Uni ⁵²⁷

L'on pourrait cependant se demander à cet égard dans quelle mesure le champ d'application restreint des accords internationaux conclus par la Communauté (ou par la BCE), ou encore, des actes unilatéraux adoptés au sein d'organisations internationales, est opposable aux États tiers concernés. A moins d'un règlement spécifique de cette question, les arrangements internes de la Communauté (ou de la BCE) ne semblent pas être directement opposables aux tiers ⁵²⁸.

Il reste, que les non participants sont tenus de traiter leur politique de change comme un « problème d'intérêt commun » (article 124 du TCE), et d'une façon plus générale de se conformer au principe de coopération sincère (article 10 du TCE). Si les non participants voulaient coopérer davantage avec les participants en ce qui concerne les

⁵²³. Ce qui semble peu logique en ce qui concerne le paragraphe 5 de l'article 111, lequel indique la possibilité d'une réserve de compétence au profit des États membres, *a fortiori* pour les non participants à la monnaie unique.

⁵²⁴. Par extension, il en irait ainsi pour tous les types d'actes adoptés sur base de l'article 111, en ce compris par exemple les recommandations de la Commission.

⁵²⁵. Résolution précitée, (*point 9*).

⁵²⁶. V. aussi les articles III – 195 et III – 196 de la Constitution (ainsi que leurs homonymes, respectivement aux points I) et J) de l'article III – 197, § 2) qui, se présentant comme une innovation, se limitent à reformuler l'article 111, § 4 du TCE en élargissant quelque peu sa portée.

⁵²⁷. V. protocole britannique précité, point 5. *Comp.* avec l'article 122, § 3 du TCE qui ne fait pas cette précision.

⁵²⁸. Dans ce sens, J.V. Louis est d'avis que les accords conclus par la Communauté restreinte sont des accords communautaires qui ne lieraient pas les non participants sur le plan interne, mais bien sur le plan externe (du moins que ces accords leur serait 'opposables' sur ce plan), sans toutefois expliquer comment une telle distinction pourrait être mise en oeuvre dans la pratique (J.V. Louis, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, précité, 2001, pp. 55 et 56).

relations internationales, l'on serait confronté au même problème de fondement juridique que pour le nouveau mécanisme de change dans la mesure où ces non participants ne peuvent en principe pas être considérés comme des tiers ⁵²⁹.

A notre connaissance, les actes du Conseil adoptés en formation « réduite » sur base de l'article 111 du TCE demeurent une denrée rare. L'on mentionnera une série de décisions du Conseil (visant notamment l'article 111, § 3 du TCE) concernant les relations internationales privilégiées de certains États membres de la zone euro en matière monétaire, lesquelles opèrent ainsi en outre une différenciation parmi les États membres participants à la monnaie unique (v. *infra*). L'on remarquera cependant qu'à la lecture de ces décisions, aucun élément ne fait état du fait que les non participants à la monnaie unique n'ont pas pris part à leur adoption, ou qu'elles ne leur sont pas « applicables » fût-ce « matériellement », comme c'est souvent le cas pour la réglementation « interne » du Conseil lorsqu'il agit sur base d'une disposition dont le champ d'application « interétatique » est limité (v. *supra*)⁵³⁰.

Mutatis mutandis, chaque fois que la BCE agit sur le plan international par l'intermédiaire de ses deux organes de décision principaux (Conseil des gouverneurs et Directoire), que ce soit sur une base de compétence expresse ⁵³¹, ou éventuellement d'une compétence parallèle à sa compétence interne ⁵³², seuls les États participant à la monnaie unique ou leur BCN respectives se verraient liés. En effet, les autres États membres bénéficient en la matière d'une réserve de compétence, et sont absents des organes de décision en question. Ici aussi, la nature des décisions de la BCE peut également être de nature procédurale, notamment en ce qui concerne le rôle éventuel des banques centrales nationales ⁵³³. En outre, il ne serait pas impossible que la BCE

⁵²⁹. Sur le MTC 2, v. ci-après. On pourrait imaginer que le groupe des participants et les non participants concluent des accords mixtes avec l'extérieur. Sur cette question, v. aussi la comparaison des coopérations renforcées dans la partie finale, Chapitre 27.

⁵³⁰. En l'occurrence, ce type de décision n'est pas susceptible de pouvoir « s'appliquer » en tant que telle à un État non participant en particulier, mais celui-ci pourrait difficilement ne pas la reconnaître et la considérer comme inopposable à son égard. Autrement, selon les mots de J.V. Louis, il y aurait une sorte d'élargissement de la zone euro qui vaudrait *erga omnes*.

⁵³¹. V. par exemple l'article 22 des statuts du SEBC.

⁵³². Article 105 du TCE, en particulier les deux premiers paragraphes. L'article 6 des statuts se réfère également aux « missions confiées au SEBC ».

⁵³³. V. les articles 6.1 et 6.2 des statuts. Cependant, ainsi que le souligne R. Smits, certains domaines de compétence, comme la matière des statistiques, pourraient devoir être traités sur le plan international comme sur le plan interne, à savoir par le biais du Conseil général, en associant ainsi les banques centrales des États non participant à la monnaie unique (R. Smits, précité, 1997, p. 428).

adopte aussi dans ce cadre des décisions de nature « générale », « hors typologie » (*‘Beschlüss’*), s’adressant à tous les États membres, comme c’est parfois le cas pour la réglementation interne de la BCE (v. *supra*).

Pour le reste, des règles générales de procédure figurent dans le rapport du Conseil Ecofin avalisé par le sommet de Vienne de décembre 1998 « *sur la représentation extérieure de la zone euro et la coordination des politiques économiques* »⁵³⁴. Ces règles visent notamment à prendre en compte la différenciation parmi les États membres. Une solution de principe y a été esquissée pour représenter la Communauté, à propos de questions liées à l’UEM, au sein du « G7 » réunissant des ministres des finances et des gouverneurs de banques centrales. Elle devrait, selon le rapport, servir de modèle pour d’autres enceintes⁵³⁵. A notre connaissance, ces règles n’ont jamais été formalisées par une décision du Conseil en bonne et due forme sur base de l’article 111 du TCE⁵³⁶. Elles devraient sans doute à tout le moins faire l’objet d’un code de conduite, comme le suggérait déjà F. Tuytschaever en 1997⁵³⁷

Il en ressort que le Président de la BCE serait accompagné par la présidence de l’*Eurogroupe*, que celle-ci corresponde ou non à la présidence du Conseil Ecofin, sauf bien entendu si la présidence de l’*Eurogroupe* est déjà exercée par l’un des trois États membres du G7 participant à la monnaie unique (France, Allemagne et Italie)⁵³⁸. Dans la pratique, toutefois, il semble que le président de l’*Eurogroupe* ne soit pas toujours accepté à la table du G7. De même, c’est au sein de l’*Eurogroupe* qu’il est prévu de préparer de façon informelle les questions du G7 concernant l’UEM⁵³⁹. A cet égard, « *pendant une phase transitoire, l’un des ministres de la zone euro qui participent en permanence aux travaux du G7 assistera le président du Conseil*

⁵³⁴ . Précité.

⁵³⁵ . Rapport Ecofin du sommet de Vienne, précité, point 11.

⁵³⁶ . La Commission a fait une proposition en ce sens, non publiée au *J.O.* (COM (1998) 637 final) qui a été approuvé par le Parlement européen moyennant une série d’amendements (procédure de consultation (COS/1998/2213). La proposition est toujours soumise à l’examen du Conseil.

⁵³⁷ . F. Tuytschaever, « Omtrent EMU gedifferentieerde integratie en de externe betrekkingen van de EG », *SEW*, 9 (1997), p. 319.

⁵³⁸ . Rapport Ecofin du sommet de Vienne, précité, point 8. Les autres participants sont le Royaume-Uni, le Canada, les États-Unis et le Japon.

⁵³⁹ . Rapport Ecofin du sommet de Vienne, précité, point 10.

*Ecofin/ du groupe 'euro 11' (lisez : Eurogroupe) par roulement pour une période d'un an de manière à assurer une meilleure continuité »*⁵⁴⁰.

Une solution analogue a été recommandée pour la représentation de la Communauté au FMI. Mais comme seuls des États peuvent être membre du FMI, la BCE n'y a qu'un statut d'observateur. Ainsi le point de vue de la Communauté serait représenté *au Conseil du FMI par le membre compétent du bureau du directeur exécutif (traduction littérale de « executive director » - entendez : de l'administrateur) de l'État membre exerçant la présidence du groupe 'euro 11', assisté par un représentant de la Commission »*⁵⁴¹.

Ainsi, l'*Eurogroupe* et sa présidence sont amenés à jouer un rôle de plus en plus important dans la représentation externe de la zone euro, en bonne entente avec le président de la BCE⁵⁴². Il reste à voir si sa nature informelle ne risque pas de le handicaper plus encore sur la scène internationale que dans l'ordre juridique interne de la Communauté⁵⁴³.

II. Statut particulier de certains États membres de la zone euro

Il est encore une autre forme de différenciation en matière monétaire, non plus cette fois, ou plutôt, non plus seulement, entre les participants et les non participants à la monnaie unique, mais parmi les États appartenant à la « coopération renforcée » de la monnaie unique. Ainsi, certains États membres de la zone euro entretiennent des

⁵⁴⁰ . Rapport Ecofin du sommet de Vienne, précité, point 8.

⁵⁴¹ . Rapport Ecofin du sommet de Vienne, précité, point 13. Sur l'insertion de l'UEM au sein du FMI et des groupes, v. J.V. Louis, « Les relations extérieures de l'Union économique et monétaire », in E. Cannizaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, précité, 2002, pp. 92 et s.

⁵⁴² . V. à ce sujet la Recommandation précitée du Conseil du 19 juin 2000 concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres, fin du point 1 : « *En ce qui concerne les questions extérieures qui relèvent de sa compétence, le groupe 'euro 11' continuera à exprimer dans les enceintes internationales des positions communes pour l'ensemble de la zone euro. Il attache également une importance particulière au dialogue productif avec la BCE, qui est régulièrement représentée lors de (c)es réunions. Fort de l'expérience acquise au cours des deux années écoulées, le groupe s'applique à mettre au point et à affiner les moyens de parler d'une seule voix, lorsque cela est approprié, après un travail préparatoire du comité économique et financier, et d'arrêter des positions d'un commun accord, de manière à s'exprimer de façon cohérente sur les sujet d'intérêt commun* ».

⁵⁴³ . C. Zilioli et M. Selmayr tirent argument de cette faiblesse pour reconnaître la prédominance du président de la BCE (du moins au sein du G7), ce dernier étant « the only participant who is able to ground his participation on Community law », à savoir l'article 6 des statuts SEBC (CMLRev, 2000, p. 639).

relations privilégiées avec certains territoires ou États tiers avec lesquels ils entretenaient déjà des liens particuliers auparavant⁵⁴⁴.

Il en va d'abord ainsi pour la France avec Monaco, et l'Italie avec le Vatican et San Marino. La déclaration n° 6 annexée au traité de Maastricht prévoyait que leurs relations monétaires respectives ne seront pas affectées jusqu'au moment de l'introduction de la monnaie unique dans la Communauté (entendez : début de la troisième phase), et que par après « la Communauté s'engage à faciliter la renégociation des arrangements existants » dans la mesure nécessaire à cette nouvelle situation⁵⁴⁵. C'est ce que fit le Conseil en 1999 en adoptant trois décisions qui établissent la position de la Communauté respectivement pour chacun des micro États en question⁵⁴⁶. Ces décisions, se basant sur l'article 111 § 3 du TCE, habilite la France et l'Italie à renégocier les accords en y associant la Commission et la BCE, et à les conclure « *au nom de la Communauté, à moins que la Commission, la BCE ou le Comité économique et financier estiment qu'il doit être soumis au Conseil* »⁵⁴⁷. La Communauté est en effet devenue, depuis le début de la troisième phase de l'UEM, exclusivement compétente en la matière. Il s'agit en quelque sorte d'une gestion de compétence communautaire par un État membre. Ensuite, la France et l'Italie sont invitées à revoir leurs arrangements antérieurs afin de les rendre compatibles avec ces nouveaux accords « communautaires »⁵⁴⁸. En 2003, l'Andorre a émis le souhait de conclure une convention monétaire du même type⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ . C. Zilioli et M. Selmayr, *CMLRev*, 1999, p. 322 et s.

⁵⁴⁵ . Cette déclaration doit être lue en parallèle avec l'article 307 du TCE (ex 234) qui oblige les États membres à tout mettre en oeuvre pour rendre compatible avec le droit communautaire les conventions conclues antérieurement à leur adhésion à la Communauté. V. le point 7 et 13 du préambule ainsi que l'article 9 des trois décisions citées ci-après.

⁵⁴⁶ . Décision du 1999/96/CE Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Principauté de Monaco, *J.O.* n° L 030 du 04/02/1999, p. 31 ; Décision du 1999/97/CE Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la République de Saint-Marin, *J.O.*, n° L 030 du 04/02/1999, p. 33 ; Décision du Conseil 1999/98/CE du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Cité du Vatican, *J.O.* n° L 030 du 04/02/1999, p. 35.

⁵⁴⁷ . V. l'article 8 des trois décisions précitées.

⁵⁴⁸ . Convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et la République de Saint-Marin, *J.O.* n° C 209 du 27/07/2001 p. 1. Convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et l'État de la Cité du Vatican, représenté par le Saint-Siège, *J.O.* n° C 299 du 25/10/2001 p. 1. Convention monétaire entre le gouvernement de la République française, au nom de la Communauté européenne, et le gouvernement de Son Altesse Sérénissime le Prince de Monaco, *J.O.* n° L 142 du 31/05/2002 p. 59 (*Modifiée le 1/07/2003*). V. aussi la décision 2003/738/CE du Conseil du 7 octobre 2003 concernant l'adoption de modifications à apporter aux articles 3 et 7 de la convention monétaire entre la République italienne, au nom de la

Les relations entre la France et les pays africains de la zone CFA (franc CFA) et les Comores (franc comorien)⁵⁵⁰, tout comme celles entre le Portugal et la République du Cap vert (escudo cap verdien)⁵⁵¹ semblent constituer une situation quelque peu différente, bien que l'article 111, § 3 du TCE en fournisse également la base juridique. La solution retenue consiste à autoriser la France et le Portugal à maintenir leurs accords monétaires et de change, ainsi qu'à les mettre en œuvre sous leur propre responsabilité, sans lier la BCE, la Communauté et ses institutions⁵⁵². L'on observera que le point 12 du préambule des deux décisions précitées paraphrase aussi à cet égard l'article 111, § 5 du TCE qui indique que les États membres peuvent être autorisés à conclure des accords internationaux, ce qui ne semble toutefois pas remettre en question le caractère exclusivement communautaire de la matière en cause⁵⁵³. D'ailleurs, la BCE, la Commission et le Comité économique et financier restent informés de la mise en œuvre desdits accords ainsi que de tout projet de modification. Si ces modifications altèrent la nature ou la portée de ceux-ci, elles doivent être approuvées par le Conseil⁵⁵⁴.

Il s'agit donc d'une solution pragmatique tenant compte de certains liens historiques, et justifiée par le fait qu'elle « n'est pas susceptible d'influer notablement sur la politique monétaire et de change de la zone euro », en précisant toutefois qu'elle ne peut constituer un précédent pour des arrangements similaires futurs⁵⁵⁵. Il reste qu'une telle délégation de compétence en matière d'accord de taux de change peut apparaître contestable au regard de l'article 111, § 3 du TCE.

En ce qui concerne les Pays et territoires d'outre mer (PTOM), les anciennes « colonies » de la France, du Royaume-Uni, des Pays-Bas et de Danemark, l'on sait

Communauté européenne, et l'État de la Cité du Vatican, représenté par le Saint-Siège, et autorisant la République italienne à procéder à ces modifications, *J.O.* n° L 267 du 17/10/2003, p. 27.

⁵⁴⁹. Décision 2004/548/CE du Conseil du 11 mai 2004 concernant la position à adopter par la Communauté au sujet d'un accord relatif aux relations monétaires avec la principauté d'Andorre, *J.O.* n° L 244 du 16/7/2004.

⁵⁵⁰. V. la décision 98/683/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les questions de change relatives au franc CFA et au franc comorien, *J.O.* n° L 320 du 28/11/1998, p. 58.

⁵⁵¹. V. la décision 98/744/CE du Conseil du 21 décembre 1998 concernant les questions de change relatives à l'escudo capverdien, *J.O.* n° L 358 du 31/12/1998, p. 111.

⁵⁵². V. le point 7 du préambule des deux décisions précitées.

⁵⁵³. *Comp.* l'arrêt de la Cour de justice, 174/84, *Bulk Oil*.

⁵⁵⁴. Article 5 des deux décisions précitées.

qu'en principe le droit communautaire ne s'y applique pas (article 227 du TCE) mais ils bénéficient d'un régime d'association privilégié conformément à la quatrième partie du TCE. Seule la France entretenait avec ses PTOM une sorte d'arrangement instaurant un système de taux de change lorsque le franc français n'y avait pas cours. C'est pourquoi le protocole n° 13 accompagnant le traité de Maastricht lui permet de conserver le « privilège » d'émettre des monnaies dans ses territoires d'outre-mer, ainsi que de déterminer la parité du franc CFP ⁵⁵⁶. Ce privilège constitue de la sorte une exception à la compétence exclusive de la Communauté de fixer le taux de change de l'euro (article 111, § 1 du TCE) ⁵⁵⁷.

En revanche, rien n'est prévu dans le traité concernant Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon, Collectivités d'outre-mer française qui constituent des PTOM au sens du TCE, et dans lesquelles le franc français avait cours. Cet oubli dans le traité de Maastricht a été résolu par une décision du Conseil adressée à la France statuant sur base de l'article 123 du TCE. Cette décision a pour objet d'étendre la zone euro à ces deux entités, ainsi que le champ d'application de toutes les dispositions de droit communautaire nécessaires au fonctionnement de l'UEM ⁵⁵⁸.

CHAPITRE 24. — RELATIONS DE LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » AVEC LES ÉTATS MEMBRES NON PARTICIPANTS À LA MONNAIE UNIQUE : MTC 2 ET TARGET

I. Le nouveau mécanisme de taux de change (MTC 2)

A l'instar du Système monétaire européen qu'il remplace, le nouveau mécanisme de taux de change (MTC 2) ⁵⁵⁹ trouve son origine dans une résolution du Conseil

⁵⁵⁵ . V. les points 7 et 13 du préambule des deux décisions précitées.

⁵⁵⁶ . Les « Comptoirs français du Pacifique » sont la polynésie française, la Nouvelle-Calédonie et Wallis et Futuna.

⁵⁵⁷ . C. Zilioli et M. Selmayr, *CMLRev*, 1999, p. 327.

⁵⁵⁸ . Décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur les arrangements monétaires relatifs aux collectivités territoriales françaises de Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte, *J.O.* n° L 30, du 4/2/1999, p. 29.

⁵⁵⁹ . L'on préférera MTC 2 à un autre acronyme parfois utilisé, le MCE II (mécanisme de change européen).

européen, en l'occurrence de 1997⁵⁶⁰, laquelle est ensuite mise en œuvre par un accord entre les banques centrales⁵⁶¹. Toutefois, dans le cas du MTC 2, compte tenu du transfert de la compétence monétaire, il ne s'agit plus d'un accord entre toutes les banques centrales des États membres, mais bien d'un accord entre la BCE et les banques centrales des États membres ne participant pas à la troisième phase⁵⁶².

Le MTC 2 est imprégné d'une grande flexibilité, celle-ci prenant diverses formes, notamment de différenciation parmi lesdits États.

D'abord et avant tout, bien que toutes les banques centrales des États non participants soient formellement parties à l'accord (ce qui explique notamment leur réticence à la formulation d'un cadre juridique fort), la participation « effective » au nouveau mécanisme est facultative pour les non participants à la monnaie unique.

Autrement dit, à l'instar du chapitre monétaire du titre VII du TUE et surtout des statuts du SEBC, le champ d'application matériel de cet accord a été réduit, en ce qui les concerne, à quelques dispositions seulement⁵⁶³. Celles-ci, qui forment en quelque sorte la base commune du mécanisme de change, visent notamment la communication mutuelle d'informations concernant certaines interventions de change, l'accord préalable de la Banque centrale émettrice de la monnaie d'intervention, et d'une façon plus générale la coopération « dans le cadre de la concertation et des autres échanges d'informations nécessaires au bon fonctionnement du MTC 2 ». De plus, dans la mesure où la politique de change demeure un « problème d'intérêt commun »⁵⁶⁴, les BCN des États non participants siègent également au Conseil général, lequel est notamment investi de la mission de surveiller le fonctionnement du MTC 2, ainsi que

⁵⁶⁰ . Résolution du Conseil Européen sur l'établissement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'UEM, Amsterdam, le 16 juin 1997, *J.O.* n° C 236 du 2/08/1997, p. 5.

⁵⁶¹ . Sur le sujet, v. K. Rohde Jensen, « Inside EU, outside EMU : institutional and legal aspects of the Exchange Rate Mechanism II », in ECB, *Legal Aspects of the European System of Central Banks*, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli, précité, 2005

⁵⁶² . Accord du 1er septembre 1998 fixant entre la BCE et les Banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'UEM, *J.O.* n° C 345 du 13/11/1998, p. 6.

⁵⁶³ . Article 18 de l'Accord du 1er septembre 1998 entre banques centrales précité. Il en résulte que seuls les articles 2.2, 16, 18, 19 et 20 sont applicables à toutes les Banques centrales.

⁵⁶⁴ . Article 124 du TCE.

de coordonner les politiques monétaires et de change, ou encore de gérer les mécanismes d'intervention et de financement prévus dans l'accord ⁵⁶⁵.

Pour le reste, la participation « effective » au mécanisme de change à proprement parler dépend de la seule volonté des non participants à la monnaie unique, et elle peut survenir ultérieurement.

Ceci peut sembler paradoxal compte tenu du caractère obligatoire d'une telle participation pendant deux ans pour pouvoir accéder à la monnaie unique (encore que cette condition ait pu donné lieu à diverses interprétations, nous l'avons évoqué ⁵⁶⁶). Bien que la résolution indique à cet égard que l' « *on peut s'attendre à ce que les États membres faisant l'objet d'une dérogation participent au mécanisme* » ⁵⁶⁷, seule la drachme grecque et la couronne danoise (nonobstant la clause optionnelle dont bénéficie le Danemark) ont rejoint le MTC 2 le 4 juin 1999. Le Royaume-Uni et la Suède n'en font donc pas partie.

Lorsque la Grèce a rejoint la monnaie unique, la BCE et les BCN ont modifié l'accord en question afin d'acter la sortie de la Banque centrale de Grèce en tant que partie contractante propre au MTC 2 ⁵⁶⁸.

De même, les dix nouveaux États membres de l'Union ont adhéré au MTC 2 au même moment que leur adhésion à l'Union ⁵⁶⁹. Depuis lors, six d'entre eux ont acté leur participation « effective » au mécanisme par deux vagues de trois États ⁵⁷⁰. Une telle participation résulte d'un « Communiqué au nom de l'Union européenne concernant

⁵⁶⁵. Article 16 de l'Accord du 1er septembre 1998 entre banques centrales précité.

⁵⁶⁶. V. *supra*. V. cependant le point 1.4 de la résolution du Conseil européen du 16 juin 1997 (précitée) qui semble plus précis à cet égard en indiquant que le nouveau mécanisme permettra de traiter sur un pied d'égalité, en ce qui concerne les critères de convergence, les États participant à la monnaie unique dès la troisième phase et ceux y participant ultérieurement.

⁵⁶⁷. Point 1.6 de la résolution du 16 juin 1997 précitée.

⁵⁶⁸. Accord du 14 septembre 2000 entre la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro modifiant l'accord du 1er septembre 1998 fixant les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, *J.O.* n° C 362 du 16/12/2000, p. 11.

⁵⁶⁹. Accord du 29 avril 2004 entre la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro au 1er mai 2004 modifiant l'accord du 1er septembre 1998 fixant les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, *J.O.* n° C 135 du 13/05/2004, p. 3.

⁵⁷⁰. Il s'agit dans un premier temps de l'Estonie, de la Lituanie et de la Slovénie (le 27 juin 2004), puis dans un second temps de Chypre, Malte et la Lettonie (le 2 mai 2005).

le MTC 2 ». Celui-ci indique en particulier qu'à la demande de l'État concerné, sa monnaie est intégrée dans le mécanisme de change au terme d'un accord mutuel entre les ministres de la zone euro, le Président de la BCE et les ministres et gouverneurs de la banque centrale du Danemark, et le cas échéant, des autres États ayant déjà rejoint le MTC 2.

L'objectif du MTC 2 est, selon la résolution, d'une part, de soutenir les efforts déployés par les membres faisant l'objet d'une dérogation pour adopter l'euro, et d'autre part, de protéger tous les États membres, participant ou non à la monnaie unique, *contre des pressions injustifiées sur les marchés des changes*⁵⁷¹. A cet effet, il est instauré un mécanisme d'intervention automatique, en principe illimitée, aux marges de fluctuation standard d'environ 15% de part et d'autres des taux pivots, tout en permettant des interventions 'intramarginales' coordonnées. La résolution du Conseil européen prévoit à cet égard une procédure de décision mixte, tant pour fixer les marges de fluctuation que les taux pivots : commun accord des ministres participant à la zone euro, de la BCE, et des ministres et gouverneurs des BCN des États participant effectivement au nouveau mécanisme⁵⁷². Cette procédure, qui figure également dans l'accord du 1er septembre 1998⁵⁷³, s'avère donc la même que celle qui a permis d'acter la participation ultérieure effective des nouveaux États membres (mais qui n'est formellement prévue nulle part). Rien n'y est indiqué concernant le droit d'initiative d'une telle procédure.

En outre, il est prévu de pouvoir « *renforcer la coopération dans le domaine de la politique des changes entre les BCN participantes n'appartenant pas à la zone euro et la BCE* », au cas par cas, à l'initiative de l'État membre intéressé. Les marges de fluctuation dont le dépassement donne lieu à des interventions automatiques seraient ainsi resserrées. La procédure de décision pour conclure ces accords bilatéraux est la même que celle pour fixer les marges de fluctuation et les taux pivots, sauf que seuls

⁵⁷¹ . Point 1.3 de la résolution du 16 juin 1997 précitée.

⁵⁷² . Point 2.3 de la résolution du 16 juin 1997 précitée, et article 1.2 de l'Accord du 1er septembre 1998 entre banques centrales précité.

⁵⁷³ . Article 1.2 de l'Accord du 1er septembre 1998 entre banques centrales précité.

la BCN et le ministre de l'État concerné par ce nouveau type de « coopération renforcée » en dehors des traités y prennent part⁵⁷⁴.

A l'instar du SME, le MTC 2 est un mécanisme dont la nature juridique prête à controverse⁵⁷⁵. Si la valeur juridique d'une résolution du Conseil européen est discutable, celle de l'accord entre les Banques centrales, qui pourtant s'y conforme l'est moins, qu'il s'agisse d'un contrat, ou plus vraisemblablement d'un accord international.

Deux lectures sont possibles.

La première, celle qui est sans doute sous-jacente à la démarche du Conseil européen, serait de considérer que la Communauté (ou la BCE) n'est pas compétente pour instaurer un mécanisme de taux de change entre l'euro et les monnaies des États membre qui ne relèvent pas de la zone euro. Ce manque de compétence expliquerait l'impossibilité pour le Conseil d'adopter un règlement à ce sujet, voire pour la BCE d'adopter une décision « générale ». Il est vrai par ailleurs que l'article 111 du TCE ne lui reconnaît cette compétence qu'à l'égard des États tiers (v. *infra*). La résolution du Conseil européen s'apparenterait dès lors à un accord international conclu entre les États membres de l'Union en dehors du cadre institutionnel de celle-ci⁵⁷⁶. Dans cette optique, l'accord conclu entre la BCE et les BCN de certains de ces États pourrait trouver son fondement juridique directement dans la résolution, notamment dans l'habilitation faite à la BCE pour ce faire.

⁵⁷⁴. Point 2.4 de la résolution du 16 juin 1997 précitée, et article 15.2 de l'Accord du 1er septembre 1998 entre banques centrales précité.

⁵⁷⁵. Pour une discussion approfondie de cette question, avant la résolution du Conseil européen d'Amsterdam du 16 juin 1997 précitée, v. R. Smits, 1997, précité, p. 469 et s. L'auteur, tout en admettant la complexité de la question, recommandait que soit pleinement pris en compte le transfert de la compétence en matière de change, du moins en ce qui concerne les participants à la troisième phase, et de là, un enracinement communautaire (ou dans le SEBC) du nouveau mécanisme. V. aussi J.V. Louis, *CMLRev*, 1998, p. 70 et s.

Comparer avec l'accord du 16 novembre 2000 entre la Banque centrale européenne et la Banque de Grèce concernant la créance reçue par la Banque de Grèce de la Banque centrale européenne en vertu de l'article 30.3 des statuts du SEBC et des questions connexes, *J.O.* n° L 336 du 30/12/2000, p. 122.

⁵⁷⁶. En principe cependant, c'est au sein du Conseil, ou du Conseil réunissant les chefs d'État et de gouvernement que les représentants nationaux sont susceptibles de changer de casquette pour sortir du cadre institutionnel de l'Union.

L'autre serait de considérer que la BCE a conclu un accord avec les autres BCN sur base d'une compétence propre⁵⁷⁷. Telle est la thèse défendue par Zilioli et Selmayr, lesquels voient dans l'accord entre les banques centrales l'expression d'une compétence externe implicite de la BCE, parallèle à sa compétence interne en ce qui concerne la politique monétaire de la Communauté⁵⁷⁸. Dans cette perspective, il est compréhensible que l'on s'étonne, même à ne considérer la résolution du Conseil européen que comme un acte d'impulsion politique, que les gouvernements des États membres donnent des instructions à la BCE, en principe indépendante, ou encadrent son champ d'action. Il en va particulièrement ainsi en ce qui concerne le caractère mixte de la procédure de décision retenue dans le fonctionnement du mécanisme (v. *supra*)⁵⁷⁹.

Il ne nous incombe pas de prendre parti. La première lecture est sans doute plus proche de l'idée qu'un tel mécanisme relève de la « superstructure commune » de l'UEM que tous les États membres sont appelés à façonner, d'autant plus que la compétence de la BCE en matière de taux de change est douteuse.

Quelle que soit la nature juridique exacte du MTC 2, on s'aperçoit que la résolution du Conseil européen et l'accord entre les banques centrales se situent plus ou moins en marge des traités de l'Union européenne. La coopération en matière de stabilité monétaire ainsi organisée remplit un vide laissé par ces traités en ce qui concerne les relations entre les participants à la monnaie unique et les autres États membres. On aurait pu imaginer, par exemple, une base juridique spécifique permettant au Conseil d'agir, à l'instar de celle qui prévoit de poursuivre le mécanisme de soutien financier dans la balance des paiements⁵⁸⁰. Il est vrai que la formule retenue permet d'instiller une bonne dose de flexibilité à plusieurs niveaux : participation « effective » facultative, interventions intra-marginales coordonnées, resserrement des marges de fluctuation. Elle permet aussi à la BCE d'associer utilement les autres banques centrales nationales dans la conception du mécanisme.

⁵⁷⁷ . Il s'agirait, selon les auteurs, d'un accord de droit international public entre des entités ayant la personnalité juridique internationale (fût-elle limitée et dérivée), C. Zilioli et M. Selmayr, *CMLRev*, précités, 1999, p. 311.

⁵⁷⁸ . Article 105, § 2, premier tiret, du TCE.

⁵⁷⁹ . C. Zilioli et M. Selmayr, *CMLRev*, 1999, pp. 310 à 312.

D'autre part, le MTC 2 pourrait être paradigmatique d'un problème qui risque de se poser dans la mise en oeuvre des coopérations renforcées. Rien n'y est en effet prévu pour régir la coopération éventuelle entre le cercle des participants à une coopération renforcée et les autres États membres. Pour ces derniers, la seule possibilité est de rester en dehors de celle-ci ou de la rejoindre. Il n'est donc pas exclu qu'un besoin se fasse sentir pour que des relations de coopération s'établissent entre une coopération renforcée et d'autres États membres non participants en dehors du cadre des traités, sur base de leurs « compétences » respectives.

II. Le « système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel » (TARGET)

La BCE a également conclu un accord avec les Banques centrales des États non participant à la monnaie unique permettant à ceux-ci de se connecter au « système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel » (TARGET) ⁵⁸¹. Celui-ci a été établi et modifié à plusieurs reprises par diverses orientations de la BCE, bien que l'article 22 des statuts envisageait un règlement de la BCE ⁵⁸².

Il s'agirait là, selon Zilioli et Selmayr d'un autre exemple d'accord international de la BCE, sur base d'une compétence externe implicite, parallèle à sa compétence interne ⁵⁸³. Les BCN des États participant à la monnaie unique auraient également pris part à cet accord qualifié de « mixte » dès lors qu'il s'agirait d'une compétence concurrente ⁵⁸⁴. La formule rappelle un des rares accords que la Communauté avait conclu avec tous ses États membres pour instituer l'École européenne, et que l'on avait pu qualifier d'accord mixte.

⁵⁸⁰ . Sur l'article 119 du TCE, v. *supra*.

⁵⁸¹ . *Trans-European Automated Real Time Gross-Settlement Express Transfer System* (Non publié).

⁵⁸² . V. la dernière orientation de la Banque centrale européenne en date du 26 avril 2001 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (Target) (BCE/2001/3), *J.O. n° L 140 du 24/05/2001*, p. 72. Cette orientation a ensuite été modifiée à plusieurs reprises (v. les orientations BCE/2002/1, BCE/2003/6, BCE/2004/4, BCE/2005/1. Précédemment, v. les orientations non publiées BCE/1998/NP13 et BCE/2000/NP9 ainsi que les préparatifs de l'IME.

⁵⁸³ . Conformément à l'article 105, § 2, dernier tiret, du TCE et à l'article 22 des statuts du SEBC.

J.V. Louis fait quant à lui le rapprochement avec l'Espace Economique Européen dans la mesure où les non participants n'ont pas voix au chapitre (si ce n'est au niveau du *decision shaping*, notamment au sein d'un comité du SEBC) lors des changements apportés au Système, mais doivent le quitter en cas de désaccord persistant ⁵⁸⁵.

TITRE V. —

CONTRÔLE JURIDICTIONNEL RELATIF À LA « COOPÉRATION RENFORCÉE » DES ÉTATS MEMBRES QUI ONT ADOPTÉ LA MONNAIE UNIQUE

Situé dans le pilier communautaire, le titre du TCE relatif à l'UEM fait l'objet d'un plein contrôle juridictionnel, y compris en ce qui concerne les actes de la BCE agissant au sein du SEBC. Cette compétence est confirmée dans l'article 35 des statuts du SEBC (applicable à tous les États membres), et a donné lieu à l'adaptation d'un certain nombre de dispositions du TCE sur la Cour de justice afin de conférer la qualité de requérant ou de défendeur à la BCE ⁵⁸⁶.

Ces développements n'allaient pas de soi dans la mesure où, comme l'observe R. Smits, « *central banks have traditionally operated in an environment which is less than litigation-prone, and where the exact rules and competences were less important than the standing of the central bank and the weight of its advice* » ⁵⁸⁷. Effectivement, il n'existe pratiquement pas de jurisprudence communautaire en matière d'UEM. Pourtant, s'il y a une source de conflit potentielle dans cette matière, c'est celle qui est liée au fait de la participation différenciée à la monnaie unique, tant en ce qui concerne la désignation des élus que la mise en œuvre de la troisième phase de l'UEM elle-même.

⁵⁸⁴ . C. Zilioli et M. Selmayr, *CMLRev*, précités, 1999, p. 313. Entendez : compétence partagée, au sens des accords mixtes de la Communauté. Au contraire, une compétence concurrente permettrait que la BCE s'approprie la compétence par son exercice (« *preemption* »).

⁵⁸⁵ . J.V. Louis, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 59.

⁵⁸⁶ . Pour l'essentiel, v. l'article 230 du TCE (recours en annulation), article 231 (recours en carence), article 234 (recours préjudiciel en interprétation et en validité), article 241 (exception d'illégalité), article 288 et article 35.3 des statuts (responsabilité extra-contractuelle).

⁵⁸⁷ . R. Smits, 1997, précité, p. 106. V. aussi p. 502.

CHAPITRE 25. — CONTRÔLE JURIDICTIONNEL RELATIF À LA DÉSIGNATION DES PARTICIPANTS

Ainsi, il ne fait guère de doute que la décision du Conseil, fût-il réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement, qui a désigné le 3 mai 1998⁵⁸⁸ les États admis à participer à la monnaie unique et ceux « faisant l'objet d'une dérogation », est (était) susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, en invoquant notamment les critères de convergence légale et économique analysés ci-dessus⁵⁸⁹. Il en va de même pour la décision du Conseil du 19 juin 2000⁵⁹⁰ relative à la participation ultérieure de la Grèce, ainsi que pour toutes les décisions futures mettant fin aux dérogations. Cette hypothèse est d'autant plus plausible que ces décisions sont adoptées à la majorité qualifiée et pas à l'unanimité des États membres.

Les premiers intéressés par la possibilité d'un tel recours sont à l'évidence les États personnellement contrariés, soit parce qu'ils ont été « recalés », comme la Grèce hier, ou demain comme les dix nouveaux États membres qui ont adhéré à l'Union, soit parce qu'ils ont (ou auront) été admis contre leur gré : c'eût pu être le cas de la Suède. Mais on pourrait aussi imaginer qu'un État membre, qu'il soit participant ou non à la monnaie unique, voire même la BCE⁵⁹¹, conteste la décision du Conseil statuant sur la participation (ou la non participation) ultérieure d'un autre État membre.

CHAPITRE 26. — CONTRÔLE JURIDICTIONNEL RELATIF À LA MISE EN ŒUVRE DE LA TROISIÈME PHASE DE L'UEM

Un autre type de litige potentiel a trait aux aménagements constitutionnels liés à la différenciation des États membres. Il en va notamment ainsi à propos des cas soumis au Conseil statuant en formation « réduite ». Nous avons vu à cet égard, en particulier concernant la législation complémentaire des statuts du SEBC, les controverses que cette question a suscitées. Il en va de même pour la question du champ d'application

⁵⁸⁸ . Décision 98/317, précitée.

⁵⁸⁹ . En ce sens, v. P-E. Partsch, précité, 1998, p. 55. Selon l'auteur, il convient d'analyser cette décision comme un « faisceau de décisions distinctes », plutôt qu'une seule décision générale.

⁵⁹⁰ . Décision 00/427, précitée.

⁵⁹¹ . Pourvu qu'elle puisse alléguer la sauvegarde de ses prérogatives (article 230 du TCE).

des actes du Conseil ou de la BCE, ou pour les régimes spécifiques que ces actes établissent en fonction de la participation ou non à la monnaie unique. L'on a en effet pu constater l'ampleur de l'incertitude juridique et de la confusion à ce sujet.

Ainsi, dans le cadre communautaire, la différenciation du champ d'application « interétatique » des actes pourrait, souvent indirectement, se justifier par la différenciation du champ d'application de la base juridique retenue ou la suspension du droit de vote. Il reste que le recours récurrent à la technique de différenciation matérielle du champ d'application n'est pas indemne de toute critique, surtout lorsque celle-ci est effectuée au sein du Conseil en formation « réduite ». En revanche, la pratique du Conseil consistant à établir des régimes spécifiques aux non participants semble conforme au principe de non discrimination dans la mesure où la différence de traitement correspond à une différence de statut objective entre les participants et les non participants à la monnaie unique, une différence qui a été agréée par tous au niveau du traité.

En revanche, dans le cadre du SEBC, l'inapplication des actes de la BCE aux non participants à la monnaie unique est de nature formelle dès lors qu'elle trouve un fondement constitutionnel direct dans les traités. Le recours à la pratique de la différenciation matérielle peut alors apparaître comme redondante, voire contradictoire si l'on admet qu'une telle technique suppose que l'acte en question s'applique formellement à tout le monde. Elle peut également donner l'impression que les organes de la BCE, malgré l'exclusion des non participants, dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant au champ d'application de leurs actes. Enfin, le recours à des décisions de portée générale qui vise tout le monde pourrait également faire l'objet d'une contestation dès lors que le choix de cet instrument pourrait apparaître arbitraire.

On le voit, la matière est complexe. Pour peu que les enjeux en valent la peine, il n'est pas impossible qu'une partie tire prétexte de ces difficultés pour s'adresser à la Cour de justice, ou invoque la violation éventuelle du principe d'égalité de traitement.

Nous avons également pu observer qu'à de nombreuses reprises, le Conseil est enclin à arrêter des décisions qui concernent individuellement les États membres : procédure

de surveillance multilatérale en matière économique, procédure de déficit excessif, programmes actualisés de convergence ou de stabilité. Là aussi, un contrôle juridictionnel est envisageable, pourvu que l'acte attaqué produise des effets juridiques définitifs, et ne constitue pas seulement un acte préparatoire dans une procédure en cours ⁵⁹².

Une dernière question enfin, qui se pose de la même manière pour les coopérations renforcées, touche à la faculté qu'auraient les non participants à surveiller les activités des participants, et d'une manière générale, le caractère légal du fonctionnement de la troisième phase de l'UEM. La question se pose particulièrement dans le cadre du SEBC, pour les dispositions du traité ou du droit dérivé dont les non participants sont formellement exclus du champ d'application et/ou de la procédure de décision. L'article 43.1 des statuts semble fournir un élément de réponse en indiquant que les bases juridiques des statuts inapplicables aux non participants (et par hypothèse les actes qui en dérivent) « ne (leur) confèrent aucun droit ». La situation est sans doute plus complexe lorsque le contenu de ces actes tend à étendre ce champ d'application (en particulier, par décisions « générales » de la BCE), ou à prévoir des régimes spécifiques pour les non participants, ce qui est parfois le cas, nous avons pu le constater.

⁵⁹² . V. la discussion de P-E. Partsch (précité, p. 56) en ce qui concerne les décisions du Conseil constatant l'existence ou l'absence d'un déficit excessif dans le chef d'un État, sur base de l'article 104, § 6 du TCE. V. par après l'arrêt de la Cour de justice du 13 janvier 2004, *Commission c. Conseil*, qui annule pour partie une décision du Conseil qui entendait suspendre les procédures en cours relatives au déficit excessif de

REMARQUES FINALES. —

PORTÉE DU CADRE COMMUN DE L'UEM DIFFÉRENCIÉE

Les analyses du régime constitutionnel de l'UEM mettent souvent en évidence le cadre commun de celle-ci, et le caractère *a priori* transitoire de la différenciation opérée parmi les États membres. Afin de pouvoir comparer la « coopération renforcée » 'euro' des autres coopérations renforcées de ce point de vue, les remarques qui suivent se pencheront sur la portée du cadre commun de l'UEM faisant l'objet d'un régime de différenciation. A cette fin, il est utile de prendre en compte la différence de nature entre la dimension économique de l'UEM et sa dimension monétaire, tant au niveau de la répartition des compétences et de l'équilibre institutionnel, que de la différenciation opérée parmi les États membres.

I. Union économique

En matière économique, le cœur de la compétence reste aux mains des États membres dont la marge de manœuvre est néanmoins limitée par certaines obligations tant matérielles (surtout en matière budgétaire) que procédurales (coordination). Le Conseil occupe une place centrale dans la fonction de coordination et de contrôle. Par ailleurs, la différenciation entre les États membres se limite à peu de choses. Les dernières étapes de la procédure de déficit excessif aboutissant éventuellement à des sanctions ne s'appliquent pas aux non participants à la monnaie unique. Les obligations qui incombent à ces derniers en vertu du pacte de stabilité, tout comme les recommandations générales qui leur sont adressées dans le cadre des grandes orientations de politique économique revêtent un contenu spécifique, différant de celui concernant les participants à la monnaie unique.

Une bonne partie de la politique économique de la Communauté demeure dès lors commune à tous les États membres de l'Union. En particulier, la réglementation établissant un nouveau système commun des comptes nationaux et régionaux ou encore celle harmonisant les indices des prix à la consommation, concernent tous les

États membres. Ces réglementations permettent de comparer de façon rigoureuse la situation économique de chacun d'eux, participant ou non à la monnaie unique.

D'aucuns y verront l'affirmation d'une politique propre, indépendamment de l'intégration monétaire, impression qui est renforcée par l'engagement du Royaume-Uni en la matière ; d'autres au contraire, supposant un lien étroit entre les aspects économiques et monétaires de l'UEM, y verront l'expression du caractère transitoire des dérogations et des exemptions relatives à la monnaie unique que tous les États membres ont vocation à adopter un jour. Dans cette optique, la politique économique est considérée comme relevant pour l'essentiel du 'cadre commun' de l'UEM.

Il est cependant un autre type de différenciation, propre à la matière économique, qui consiste à adresser des recommandations ou autres décisions aux États membres pris *ut singuli*. Il en va particulièrement ainsi pour la mise en oeuvre de la procédure de surveillance multilatérale, de la procédure de déficit excessif, et du pacte de stabilité et de croissance.

II. Union monétaire

En matière monétaire (et de change), au contraire, la plupart des questions ont été transférées de façon exclusive au niveau supranational. Les pouvoirs sont exercés pour l'essentiel par la BCE au sein du SEBC dont les organes de décision principaux, Conseil des gouverneurs et Directoire, ne comprennent que des représentants des États participant à la monnaie unique.

La différenciation opérée entre les participants et les non participants à la troisième phase de l'UEM est assurément plus profonde qu'en matière économique. *Grosso modo*, il est juste d'affirmer que parmi les dispositions relatives à la troisième phase de l'UEM, les non participants sont dispensés de « *all provisions by which sovereignty is transferred to the ECB as regards monetary policy, and to the ECB and the Council, as regards exchange-rate policy* »⁵⁹³. Il s'agit là du coeur de la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté l'euro »

⁵⁹³ . C. Zilioli et M. Selmayr, *Euredia*, 1999/2, p. 223 et 224.

En revanche, il est erroné — ou du moins la situation est plus complexe que cela — d'affirmer que « *all provisions on EMU which apply with the start of stage three do not apply to Denmark and the United Kingdom* »⁵⁹⁴. Pour ce qui est du *Danemark*, bien qu'il jouisse d'une clause optionnelle identique à celle du Royaume-Uni, et en dépit des apparences de la Décision du Conseil européen d'Édimbourg au lendemain du referendum négatif sur le traité de Maastricht, son statut est fondamentalement équivalent à celui des États membres « faisant l'objet d'une dérogation ». Quant au *Royaume-Uni*, il est vrai qu'il bénéficie d'un statut tout à fait exceptionnel, ce qui se traduit notamment par le fait qu'il n'est pas lié par l'objectif même de la monnaie unique. Ceci dit, il existe néanmoins des dispositions de la troisième phase qui, formellement, lui sont applicables tout comme aux autres non participants⁵⁹⁵, tandis que certains aspects de la seconde phase font déjà l'objet d'une exemption à son égard nous avons pu le constater.

En tout état de cause, il est important de souligner l'étendue *du cadre commun* de l'Union monétaire à l'ensemble des États membres sans exception. D'abord et surtout, la structure constitutionnelle au sens large : la conclusion et la modification des traités, dont le traité de Maastricht, s'effectue à l'unanimité de tous les États membres, tout comme les procédures de révision autonome concernant certaines dispositions des statuts⁵⁹⁶, la précision des critères de convergence⁵⁹⁷, ou encore le remplacement du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs⁵⁹⁸. Ensuite, l'on observera qu'une bonne partie de la législation adoptée par le Conseil, notamment celle qui a pour objet de compléter les statuts du SEBC, est adoptée par le Conseil dans sa formation pleine, fût-ce en en différenciant parfois le contenu matériel des actes ou leur champ d'application « interétatique ».

D'autre part, toutes les BCN font partie du SEBC, y compris les BCN des États non participants, lesquelles ont d'ailleurs libéré une partie de leur capital souscrit au titre de frais de fonctionnement. Les gouverneurs de toutes les BCN se retrouvent au sein

⁵⁹⁴ . *Ibidem*, p. 225.

⁵⁹⁵ . Ou du moins « opérante », v. par exemple les articles 113, 114, §§ 2 et 4, du TCE, qui sont de nature institutionnelle.

⁵⁹⁶ . Article 107, § 5 du TCE et article 41 des statuts.

⁵⁹⁷ . Article 6 du protocole (n° 6) sur les critères de convergence, précité.

d'un organe commun, le Conseil général, du moins tant que les BCN des États non participants n'ont pas intégré les autres organes de décision de la BCE en adoptant la monnaie unique. Le Conseil général donne l'occasion aux non participants d'avoir un œil sur l'évolution d'un système qu'ils sont un jour susceptibles de rejoindre, ainsi que de préparer cette adhésion future⁵⁹⁹. D'ici là, le Conseil général est censé assurer notamment une certaine fonction de coordination entre les *ins* et les *outs*. Il reste que selon d'aucuns, une stricte séparation entre le Conseil général et le Conseil des gouverneurs est indispensable pour assurer l'indivisibilité et l'indépendance de la politique monétaire⁶⁰⁰.

Une telle construction s'avère le fruit d'un compromis entre deux visions⁶⁰¹. L'une tendait à intégrer au mieux les non participants dans le SEBC en vue de leur participation ultérieure, quitte à limiter leur droit de vote au sein du Conseil des gouverneurs (rapport Delors), à l'instar des aménagements du Conseil des ministres dans certains cas. On observa avec intérêt que ce schéma préfigure le concept retenu pour le vote au Conseil statuant au sein d'une coopération renforcée. L'autre prônait une pleine autonomie du groupe des participants à la politique monétaire unique au sein du SEBC, tout en prolongeant l'existence de l'IME jusqu'à la participation de tous les États.

Outre ce cadre commun, d'autres mécanismes ont été mis sur pied afin d'organiser des *relations privilégiées entre les participants et les non participants* à la monnaie unique, lesquels ne peuvent être considérés comme de simples États tiers. Ainsi, les non participants sont tenus de traiter leur politique de change comme un problème d'intérêt commun, de même que les mécanismes de solidarité et de concours mutuel de la deuxième phase restent en vigueur à leur égard⁶⁰². Un mécanisme de taux de change a été reconduit entre la BCE et les BCN des non participants, bien que la participation à celui-ci soit facultative (MTC 2). Son fonctionnement est supervisé par

⁵⁹⁸ . Article 104, § 14, alinéa 2 du TCE

⁵⁹⁹ . Le Conseil général ne se réunit qu'un fois par trimestre.

⁶⁰⁰ . R. Smits, précité, 1997, p. 505.

⁶⁰¹ . J.V. Louis, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, précité, 2001, pp. 47 et s. V. aussi J.V. Louis, in Mégret, 1995, p. 150.

⁶⁰² . Articles 119, 120 et 124 du TCE. Dans le même ordre d'idée d'interaction entre participants et non participants, v. aussi le règlement 3603/93 du Conseil du 13 décembre 1993, précité, à propos de l'acquisition mutuelle d'instruments négociables de dette du service public.

le Conseil général. Un mécanisme du même genre a été établi en ce qui concerne les systèmes de paiement (TARGET).

III. Sens des aménagements institutionnels du cadre commun : du caractère transitoire de l'UEM à l'intention réelle des États membres non participants

Plus fondamentalement, mis à part le Royaume-Uni, l'objectif final de participer à la monnaie unique vise tous les États membres ⁶⁰³, ce qui laisse entendre que le régime de différenciation est juridiquement de nature temporaire ⁶⁰⁴. Tel est sans doute le cas pour les États membres faisant l'objet d'une dérogation, dont le statut est réexaminé au moins tous les deux ans ⁶⁰⁵. Encore que le cas de la Suède démontre que la participation à la monnaie unique dépend avant tout de la bonne volonté de ces États, en l'occurrence, la volonté de s'appliquer à remplir lesdits critères de convergences... Le caractère facultatif de la participation au MTC 2 va dans le même sens, puisqu'une telle participation serait en principe obligatoire pendant deux ans pour respecter les critères de convergence. Surtout, s'agissant du Royaume-Uni, et même du Danemark, l'exemption pourrait perdurer *ad vitam*. Cette distinction fondamentale reflète, selon F. Tuystchaever, celle entre le concept d'une intégration à plusieurs vitesses et une intégration à la carte, nous y reviendrons dans la partie finale.

L'on pourrait se demander à cet égard si, au lieu de déduire le caractère temporaire de la différenciation dans l'UEM du cadre constitutionnel commun qui la régit, on ne devrait pas au contraire prendre acte de la distinction entre les États *unwilling* et ceux *unable*, et en tirer les conséquences quant aux facilités accordées au non participants et à leur intégration dans un cadre commun. Cette question pourrait d'ailleurs s'avérer véritablement paradigmatique concernant les aménagements institutionnels nécessaires pour tout type de coopération renforcée.

⁶⁰³ . Article 4 du TCE.

⁶⁰⁴ . En ce sens, J.V. Louis, *CMLRev.* 1998, p. 64. Du même auteur, « Differentiation and the EMU », in B. de Witte, D. Hanf & E. Vos, précité, 2001. L'auteur y met aussi en exergue l'interaction entre la monnaie unique et les autres politiques, de sorte que l'UEM ne correspond pas seulement à une politique, mais un « new stage of the European integration », ce qui rend les clauses d'*opt out* si singulières (p. 44).

⁶⁰⁵ . Article 122, § 2 du TCE.

En particulier, J.V. Louis a raison de remettre en cause la permanence d'un organe en principe provisoire tel que le Conseil général si, par hypothèse, seul le Royaume-Uni devait rester en dehors de la zone euro ⁶⁰⁶, (voire d'autres États durant une très longue période) ⁶⁰⁷. Il est vrai que la question ne devrait cependant pas se poser de façon urgente compte tenu des derniers élargissements de l'Union aux douze nouveaux États membres : le Conseil général devrait s'avérer utile pour accueillir et intégrer progressivement les banques centrales des nouveaux adhérents.

L'étude remarquablement fouillée de R. Smits conclut également, dans le même sens, que l'influence des États membres non participant aux travaux du Conseil « en formation « réduite » », n'est acceptable que pour ceux qui ont l'intention et la possibilité d'adopter la monnaie unique dans un court ou moyen terme ('half a decade') ⁶⁰⁸. Il en va de même *a fortiori* lorsque le Conseil statue en formation normale, notamment en ce qui concerne la législation complémentaire des statuts. Selon l'auteur, la perspective d'une participation ultérieure justifie, durant une période transitoire, que l'efficacité du Conseil soit affaiblie par les divergences d'intérêt et de vue, mais durant une période transitoire seulement : « *The hope of the 'ins' to keep the others on board, or at least not to distance themselves too far from them, in the interest of an eventually unified Community, may protract the decision-making process and dilute sensible solutions* ». C'est déjà ce qui s'est passé, selon l'auteur et d'autres qu'il cite, lors de la négociation du traité de Maastricht, laquelle a dû subir l'influence « négative » du Royaume-Uni dans l'espoir qu'il finisse par signer, et sans demander de statut particulier... Même durant cette période transitoire, R. Smits entrevoyait déjà la formation d'un « *informal inner club* » pour préparer la décision au

⁶⁰⁶ . « *The partners of the UK should never have accepted such a claim on the part of this country. There is no justification in maintaining this third organ of the ECB for the sole reason that one Member State (whatever its 'importance') does not participate in the monetary union. Bilateral relations between the ECB and the UK could have been arranged in a way which would have more conveniently respected the division of the responsibilities between the Community and the Member States* » (J.V. Louis, *CMLRev*, 1998, p. 68). Dans le même ordre d'idée, J.V. Louis reproche que les non participants prennent part à un éventuel processus de révision autonome sur base de l'article 107, § 5 du TCE, (*ibidem*, p. 65).

⁶⁰⁷ . V. déjà J.V. Louis *in* Mégret, 1995, pp. 153 et 154. L'auteur perçoit surtout un problème en ce qui concerne la gestion du nouveau mécanisme de change avec les non participants à la monnaie unique, et insiste à cet égard sur la nécessité d'une attitude commune des membres du Conseil des gouverneurs. De surcroît, il craint la lourdeur inhérente à ce type d'institution, et aurait préféré un système de contact avec les non participants par le biais d'une délégation du Directoire et/ou du Conseil des gouverneurs, en dehors d'une institution commune telle que le Conseil général.

⁶⁰⁸ . R. Smits, précité, 1997, pp. 505 à 507.

sein du Conseil des Quinze d'alors (« *prior alignment of the views of monetary union members* »), ce qui est finalement devenu *l'euro II*, puis *l'Eurogoupe*.

La Constitution européenne va dans le même sens du renforcement de l'autonomie de la coopération renforcée des États qui ont adopté la monnaie unique, d'une part en reconnaissant formellement l'existence et le rôle de *l'Eurogoupe*, d'autre part en ajoutant des cas où le Conseil en formation « réduite » est appelé à statuer.

Ces dernières considérations nous conduisent à réfléchir sur un autre aspect du cadre constitutionnel commun de l'UEM, à savoir le rôle des institutions communautaires autres que le Conseil. Certes la Commission et le Parlement européen ne sont pas les institutions prédominantes de l'UEM, mais leur influence est loin d'être négligeable. Par exemple, l'expertise économique de la Commission est déterminante dans la procédure de surveillance multilatérale ou celle des déficits publics, et elle est associée aux aspects législatifs et aux relations externes de l'UEM. Tandis que le Parlement européen est associé ou consulté sur un certain nombre de questions législatives ou plus ponctuelles, telles que la désignation des membres du directoire⁶⁰⁹ ou encore l'abrogation d'un statut dérogatoire⁶¹⁰, et son avis conforme est requis dans certains cas « quasi constitutionnels »⁶¹¹.

Dès lors que la composition et le fonctionnement de ces deux institutions communautaires ne varient jamais selon les questions traitées, les commissaires et parlementaires européens provenant des États non participants pourraient peser de tout leur poids sur le fonctionnement de la zone euro. Compte tenu du postulat d'indépendance de la Commission, la question se pose peut-être davantage pour les parlementaires. Il n'en reste pas moins que la Commission puisse être tiraillée entre des intérêts pas nécessairement convergents entre d'une part la zone euro, et d'autre part ceux de la Communauté dans son ensemble, c'est à dire en ce compris les intérêts des non participants à la monnaie unique⁶¹².

⁶⁰⁹ . Article 112, § 2 du TCE.

⁶¹⁰ . Article 122, § 2 du TCE.

⁶¹¹ . Par exemple, article 105, § 6 du TCE (confier des missions de contrôle prudentiel à la BCE), article 107, § 5 du TCE (procédure d'amendement simplifiée des statuts du SEBC).

⁶¹² . Sur ce point de vue, v. déjà R. Smits, précité, 1997, pp. 508.

Ici encore, l'argument relatif au caractère plus ou moins temporaire des dérogations ou exemptions serait à prendre en compte, tout comme les intentions réelles des États membres non participants. Mais comme R. Smits le souligne, ce qui importe probablement davantage, c'est la masse critique des participants au départ, et au fil des élargissements. Plus celle-ci sera forte, moins saillants seront les conflits d'intérêt⁶¹³. L'avenir proche dira si les derniers élargissements de l'Union auront pour effet d'accentuer de tels conflits.

IV. Limites d'une UEM différenciée au sein d'un cadre institutionnel commun : réflexions de R. Smits sur les cercles concentriques d'intégration comme solution alternative

Compte tenu de l'importance qualitative de la monnaie unique dans le processus d'intégration européenne et des élargissements de l'Union à venir, R. Smits concluait son imposant ouvrage, quelques années après la signature du traité de Maastricht, sans ambages : « *In the long run, the concept of a monetary union of a limited number of Member States, operating in a Community framework is incompatible with basic concepts of uniform decision-making, unity of the market, and foremost, transparency* ». Il ajoutait que l'UEM ne pouvait survivre que sous un unique « *political roof* »⁶¹⁴.

Une alternative eut été, selon l'auteur, de créer une sorte de « Schengen monétaire », sans toutefois se résigner à sacrifier la structure communautaire, au contraire. Sa vision consistait à créer une véritable union politique accompagnant l'UEM, en plus d'un marché unique, et d'une PESC (« *core activities* »), à savoir une Communauté unifiée et fédérale, munie d'une répartition claire des compétences, sans différenciation de statut. Les États ne pouvant adhérer à cette union politique seraient invités à quitter la Communauté : « *There comes a time when the question 'out' or 'in' should be asked, in the interests of the inner club and its functioning, as well as in the interests of democracy and transparency* »⁶¹⁵. Ces États continueraient de coopérer avec la Communauté, en tant qu'État tiers pleinement souverains, dans le

⁶¹³ . R. Smits, précité, 1997, pp. 508 à 510. L'auteur semble juger que ce genre de problème est plus important en ce qui concerne la Commission que le Parlement.

⁶¹⁴ . R. Smits, précité, 1997, pp. 514 et 515.

cadre de cercles concentriques. L'un de ces cercles ressemblerait à une sorte d'Espace Economique Européen réaménagé de façon permanente. Au sein de ce nouvel Espace s'organiserait une coopération pour maintenir, voire améliorer le marché intérieur, ainsi que pour établir les relations économiques et monétaires.

Selon R. Smits, cette situation serait préférable à l'établissement d'un nouveau mécanisme de change (MTC 2), tant pour les « outs » qui agiraient souverainement, que pour les « ins » qui agiraient dans le cadre de ses relations extérieures (article 111 du TCE) au nom d'une Communauté unifiée, non différenciée. Elle serait également préférable à l'organisation peu transparente d'un SEBC à deux niveaux. Enfin, selon cette vision, les États candidats à l'adhésion ne seraient admis dans la Communauté politique que dans la mesure où ils voudraient et pourraient participer à l'Union monétaire dans un temps relativement bref. « *Better be it, so is submitted, to organize a stronger system of governance among the States which are the first to join the single currency area. The experience to be gained with new methods of administration will enhance the attraction of joining the Community for the surrounding countries when the time is ripe* »⁶¹⁶. Enfin, selon R. Smits, le renforcement institutionnel de la Communauté restreinte pourrait plus facilement voir émerger un gouvernement économique comme interlocuteur privilégié de la BCE.

Les visions de R. Smits s'inscrivent probablement dans le contexte des idées d'un noyau dur émises par Schäuble et Lammers en 1994 ? Ainsi que nous l'avons évoqué à l'introduction générale de notre étude le débat sur l'avenir constitutionnel de l'Union a souvent laissé entrevoir l'idée d'une « avant garde » (Delors), de « groupe pionnier » (Chirac) ou de « centre de gravité » (Fischer). Les idées avancées par H. Köhl et V. Giscard d'Estaing suggéraient, à l'instar de R. Smits, de faire correspondre cette avant-garde à la zone euro, sans que cela ne conduise nécessairement, comme le suppose R. Smits, à une séparation. Nous reviendrons sur la question de l'avant-garde lors des réflexions finales.

Un chose est sûre, c'est que cette vision ne s'est à ce jour pas encore concrétisée. Au cours de la dernière décennie, la pratique de l'UEM suivant le régime de

⁶¹⁵ . *Idem*, p. 518.

différenciation que nous avons décrit tout au long de cette deuxième partie s'est sans doute avérée moins problématique que ne le craignait R. Smits, plus pragmatique, et surtout relativement consensuelle (notamment quant au contenu matériel différencié de nombreux actes législatifs). Il est vrai que le problème de la masse critique ne s'est pas posé dans les mêmes termes qu'au lendemain de l'adhésion des dix puis douze nouveaux États membres, dès lors que onze États membres (et bien vite un douzième) avaient d'emblée adopté la monnaie unique. La négociation de la réforme du Pacte de stabilité a aussi effectivement déjà révélé les tensions entre le groupe des participants et celui, majoritaire en nombre, des non participants à la monnaie unique. D'une manière plus générale, le renforcement des politiques économiques de la zone euro est un thème récurrent.

D'autre part, l'établissement du mécanisme de la coopération renforcée, et l'incorporation de la coopération « Schengen » dans l'Union attestent une tendance différente, à savoir renouveler l'expérience d'intégration différenciée par l'entremise de plusieurs cercles d'intégration 'intersectés'⁶¹⁷, et au sein du cadre constitutionnel commun de l'Union dans son ensemble.

Ceci étant, compte tenu de la situation de crise actuelle liée à l'enlisement du traité constitutionnel, il n'est pas impossible que l'on revienne à l'essentiel des intuitions de R. Smits : créer une nouvelle entité restreinte autour de l'Union monétaire.

⁶¹⁶ . *Idem*, p. 519.

⁶¹⁷ . Sur cette notion, v. les réflexions finales.

PARTIE FINALE . —

**QUEL MODÈLE D'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE
POUR L'UNION EUROPÉENNE ?**

**TITRE I. — DE LA COMPARAISON DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES
À LA CATÉGORISATION DE L'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE**

INTRODUCTION

CHAPITRE 27. — COMPARAISON DU MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE ET DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES «PRÉDÉTERMINÉES»

CHAPITRE 28. — ESSAI SUR LA CATÉGORISATION DE LA DIFFÉRENCIATION

**TITRE II. — PERSPECTIVES DU MÉCANISME
DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE**

CHAPITRE 29. — UN MÉCANISME « NI CHAIR NI POISSON » : D'UNE LOGIQUE D'EFFICACITÉ DÉCISIONNELLE À UNE LOGIQUE DE DIFFÉRENCIATION STRUCTURELLE

CHAPITRE 30. — DOMAINES SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UNE COOPÉRATION RENFORCÉE SUR BASE DU MÉCANISME GÉNÉRAL

CHAPITRE 31. — ARTICULATION DU MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE AVEC LES COOPÉRATIONS INTERGOUVERNEMENTALES EN DEHORS DE L'UNION

TITRE FINAL . — DE LA SUBSIDIARITÉ À L'AVANT-GARDE

CHAPITRE 32. — DE LA SUBSIDIARITÉ AUX COOPÉRATIONS RENFORCÉES

CHAPITRE 33. — DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES VERS L'AVANT-GARDE

Résumons-nous. La première partie de cette étude analyse le développement du mécanisme général de la coopération renforcée depuis le traité d'Amsterdam jusqu'au traité constitutionnel, en passant par le traité de Nice. Elle est ensuite revenue sur le précurseur présumé du mécanisme, à savoir le protocole social de Maastricht, après s'être penché sur son successeur, la coopération structurée permanente. La deuxième partie, qui en quelque sorte le *case study* de cette étude, s'est attachée disséquer, en suivant une même approche que dans la première partie, ce que nous avons été amenés à dénommer la coopération renforcée des États membres qui ont adopté l'euro.

Si l'approche comparative constitue le fil rouge de ces deux parties, il y a maintenant lieu de faire la synthèse de cette comparaison entre le mécanisme général d'une part, et toutes les autres coopérations renforcées qui sont dans une certaine mesure « prédéterminées », d'autre part. Cette comparaison a d'abord pour résultat de mettre en exergue tous les modèles possibles d'intégration différenciée au sein de l'Union européenne dont l'avenir constitutionnel de l'Union pourrait s'inspirer, ou ne devraient pas s'inspirer...

Une telle comparaison constitue aussi en quelque sorte la catégorisation des techniques de différenciation « institutionnelle », c'est-à-dire qui ont en commun les différents aménagements institutionnels, voire constitutionnels, que nous avons pu observer, à commencer par le fonctionnement du Conseil en formation « réduite ». Nous nous essayerons ensuite à resituer cette catégorisation dans la catégorisation plus générale des techniques d'intégration différenciée, notamment sur base des travaux antérieurs de deux auteurs, Alexander Stubb et Filip Tuyschaever. Tel sera l'objet du premier Titre de cette partie finale.

Le Titre suivant reviendra de façon plus spécifique sur le mécanisme de la coopération renforcée et ses perspectives d'avenir, pour autant que ce soit un modèle d'avenir. Nous concluons d'abord, de nouveau à la faveur de la comparaison transversale, que ce mécanisme ne représente « ni chair, ni poisson », autrement dit qu'il se retrouve à cheval entre deux logiques, une logique d'efficacité décisionnelle et une logique de différenciation plus « structurelle ». Malgré ce défaut de fabrication quelque peu atténué par la Constitution européenne, nous nous efforcerons d'imaginer

les domaines dans lesquels il est susceptible d'être déclenché et mis en œuvre. Nous terminerons par une question fondamentale souvent évoquée au cours de cette étude, à savoir la dialectique qui se trame entre les coopérations renforcées établies au sein de l'Union, et les coopérations intergouvernementales entre certains États membres en dehors du cadre de l'Union. Car il s'agit peut-être là d'un nouveau défaut de fabrication, à savoir de ne pas avoir limité ou encadré ces coopérations hors Union, et de ne pas les avoir articulées avec le mécanisme général.

Nous terminerons cette étude par deux pistes de réflexions à l'attention de ceux qui, comme nous, ont voulu poursuivre le travail accompli par d'autres auteurs sur le sujet de l'intégration différenciée. L'une a trait aux liens thématiques qui se tissent entre ce sujet et un autre paradigme fondamental de l'évolution constitutionnelle de l'Union européenne, à savoir le principe de subsidiarité. Nous verrons qu'en réalité, la différenciation interétatique est un prolongement logique de ce principe, voire qu'elle lui confère enfin un certaine substance. L'autre tentera d'esquisser un modèle de différenciation constitutionnelle pour l'Union européenne, en se rapportant aux enseignements de notre étude sur les coopérations renforcées. Soit en créant un avant-garde ou un noyau dur, au sein ou à côté de l'Union actuelle, soit en établissant plusieurs cercles d'intégration.

TITRE I. —

DE LA COMPARAISON DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES À LA CATÉGORISATION DE L'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE

INTRODUCTION

Le concept de 'coopération renforcée' provient, nous l'avons mentionné au tout début de cette étude, d'une initiative franco-allemande précédant l'ouverture de la CIG 1996-97, et subsistera jusque dans le traité d'Amsterdam. Lors de la négociation, on se référait à ce nouveau concept par l'expression de 'clause d'habilitation' (*enabling clause*), sans doute par allusion à l'habilitation donnée par les traités aux États membres qui le désirent de s'engager, suivant certaines conditions, dans une action de coopération renforcée. Encore que certains y voient plutôt une référence à la décision d'autorisation initiale du Conseil qui habiliterait les États membres en question. Peu importe. Cette expression représentait en fait une des trois catégories qui servaient à présenter le débat sur la flexibilité tout au long de la négociation ¹, tout comme celle conduisant au traité de Nice ².

La deuxième catégorie était la flexibilité au 'cas par cas' (*case by case flexibility*). Elle faisait allusion à la technique particulière d'abstention constructive prévue dans le domaine de la PESC, qui permettait aux États membres de ne pas brandir leur veto à un acte ou une action ponctuelle, à condition de ne pas être liée par cet acte ou cette action en question.

La troisième catégorie était la flexibilité « prédéterminée » par le traité, ou « prédéfinie » (*pre-defined flexibility*). Celle-ci se référait au protocole Schengen, mais aussi aux protocoles « britannico-irlandais » et « danois » relatifs à l'espace de

¹ . Le premier document à distinguer ces trois catégories est le CONF 2500/96, 5 décembre 1996, « Cadre général pour un projet de révision des traités », en vue du Conseil européen des 13 et 14 décembre (Dublin II).

² . V. notamment CONFER 4750/00, Rapport de Feira du 14 juin 2000, p. 51 à 56.

liberté, sécurité et justice, bien que ces derniers furent négociés de façon bilatérale à la fin de la Conférence intergouvernementale.

Nous pouvons reprendre à notre compte, comme base de travail, cette catégorisation de la différenciation souvent reprise depuis lors par la littérature académique ³. La comparaison à laquelle nous procédons dans le premier chapitre démontre qu'effectivement, les coopérations renforcées « prédéterminées » ont un certain nombre d'éléments en commun qui caractérisent cette catégorie, comme nous l'avons déjà indiqué dans l'introduction générale.

En outre, cette catégorisation corrobore la thèse que nous défendrons au prochain Titre consacré à l'avenir du mécanisme général de la coopération renforcée. Nous y montrerons en effet le caractère hybride de ce mécanisme qui dénote, au delà des caractéristiques propres à chaque catégorie, des éléments comparables aux coopérations renforcées « prédéterminées » (archétype de la « différenciation structurelle »), mais comparables aussi à la deuxième catégorie de la différenciation, la différenciation 'au cas par cas' (archétype de « efficacité décisionnelle »).

Une différence ressort cependant de notre étude : c'est sciemment que nous nous référons à des « coopérations renforcées » prédéterminées, et non pas à la « flexibilité » ou « différenciation » prédéterminée en général. Car, c'est une thèse que nous défendons, les techniques de « flexibilité prédéterminée » donnent en effet souvent lieu à des « coopérations renforcées » comparables sur bien des points à la « coopération renforcée » au sens du mécanisme général. Autrement dit la distinction entre les deux catégories se doit d'être relativisée à bien des égards. D'autre part, le caractère « prédéterminé » des coopérations renforcées en question connaît aussi différents degrés, de sorte qu'elles ne constituent pas une catégorie aussi homogène que cela.

³ . V. par exemple les travaux d'E. Philippart, et M. Sie Dhian Ho, notamment « From uniformity to flexibility – The management of diversity and its impact on the EU system of governance », in De Búrca, G. and Scott, J. (eds.), *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000. Ces auteurs distinguent pour l'essentiel trois variables : maintien d'objectifs communs ou non, champ d'action (acte individuel ou politique, cadre institutionnel ou non de l'Union (p. 306 et s.), mais reviennent ensuite à la distinction plus classique entre *enabling clause*, *case-by-case*, *predetermined* (v. pp. 320 et s.).

Un premier chapitre sera dès lors consacré à la comparaison détaillée du mécanisme général de la coopération renforcée et des coopérations renforcées « prédéterminées ». Au chapitre suivant, nous verrons comment cette comparaison des diverses coopérations renforcées s'inscrit dans la littérature sur les tentatives d'analyse, de définition et de catégorisation des techniques d'intégration différenciée en général, en espérant ainsi apporter notre propre contribution à la problématique. Au terme de ce chapitre, nous examinerons la dernière catégorie de la flexibilité évoquée ci-dessus, celle du 'case-by-case', et nous procéderons à une comparaison de la technique d'abstention constructive avec le mécanisme de la coopération renforcée.

CHAPITRE 27. — COMPARAISON DU MÉCANISME GÉNÉRAL DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE ET DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES « PRÉDÉTERMINÉES »

*Quand je vois deux réalisations de l'esprit humain en architecture,
en peinture, en littérature, en mythologie, et cætera,
qui ont l'air de se ressembler,
c'est un espèce de besoin de pousser à l'extrême l'observation
de ce qui se ressemble et de ce qui n'est pas semblable.*

Georges Dumézil ⁴

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans l'introduction générale, les termes communs de la comparaison des diverses coopérations renforcées correspondent, *grosso modo*, aux différentes sections qui ont structuré de façon similaire l'analyse du mécanisme de la coopération renforcée et celle des coopérations renforcées prédéterminées. Car c'est principalement dans le but de la comparaison que cette approche a été privilégiée.

Les termes communs de cette comparaison, c'est-à-dire les différents aspects qui contribuent à décrire le phénomène de la coopération renforcée, ont été définis de façon empirique. Ils sont le résultat d'une analyse menée en parallèle des diverses

coopérations renforcées, c'est-à-dire de ce que l'on abordait au départ comme les divers régimes de différenciation parmi les États membres de l'Union.

Fondamentalement, les termes de la comparaison correspondent aux différentes étapes de la vie des coopérations renforcées, à commencer par le mode de leur formation, la définition de leur objet et la désignation des premiers participants.

Après cette phase de déclenchement, on se penchera sur leur mise en œuvre. Il s'agit là du mode de fonctionnement des coopérations renforcées et des aménagements constitutionnels qu'elles impliquent : différenciation (effective ou latente) des rapports de compétence, Conseil agissant en formation « réduite », et champ d'application limité des actes qui en sont issus. Comme ces aménagements constitutionnels sont au cœur de ce qui caractérise toute coopération renforcée, nous commencerons la comparaison par examiner ceux-ci.

Ensuite, on se penchera sur la procédure de participation ultérieure des autres États membres, ce qui nous amènera à évaluer la portée du principe d'ouverture bien qu'il ne soit formellement posé que pour le mécanisme général, et les conditions éventuelles de participation. En général, ces conditions s'imposent déjà, le cas échéant, au stade du déclenchement.

Avant de s'essayer à une synthèse quant à la nature juridique des coopérations renforcées et de leur acquis, on se penchera sur l'incidence que celles-ci peuvent comporter à l'égard des relations extérieures de l'Union, ainsi que sur certaines relations d'ordre international qui ont pu s'établir entre les participants et des non participants à une coopération renforcée.

⁴ . *Les grands entretiens de Bernard Pivot (Apostrophe)*, Georges Dumézil, Extrait de l'entretien du 18 juillet 1986, DVD Gallimard / INA 2004.

I. Fonctionnement et aménagements constitutionnels des coopérations renforcées

Le point commun principal à toutes les coopérations renforcées, qui justifie notamment la comparaison de celles-ci et de les nommer toutes de la sorte, réside dans les aménagements constitutionnels qu'elles induisent, à commencer par le fonctionnement du Conseil en formation « réduite ». Par comparaison, M. Westlake et D. Galloway parlent de Conseil « à géométrie variable » pour se référer aux « *compositions of the Council where fewer than the full complement of members either are involved in the decision-making or take part in deliberations* »⁵

Dans tous les cas, ces aménagements sont *grosso modo* pareillement « prédéterminés », y compris – et surtout même – s'agissant du mécanisme général, que ce soit l'adaptation de la procédure de votation, ou encore la limitation du champ d'application des actes. Cela ne signifie pas pour autant que seuls les actes adoptés par le Conseil en formation « réduite » connaissent un champ d'application « interétatique » (ou territorial) limité : en effet il peut aussi s'agir directement de dispositions des traités, non seulement les bases juridiques de compétences fondant ces actes, mais aussi des dispositions matérielles. Tel est généralement le cas pour les coopérations dite « prédéterminées », comme celle « préétablie » relative à l'acquis de Schengen intégré, ou encore celle des États membres qui ont adopté l'euro (ci-après, la coopération renforcée « euro »).

Concernant cette dernière, le droit de vote des non participants est « *suspendu* » dans un certain nombre de cas, ou, ce qui revient au même, le Conseil statue, le cas échéant, à l'unanimité des États membres « *ne faisant pas l'objet d'une dérogation* », ou « *représentant les États membres dont la monnaie est l'euro* », pour reprendre la nouvelle formule du traité constitutionnel. Dans tous ces cas, la présence des non participants aux travaux préparatoires et aux délibérations du Conseil n'a jamais été remise en cause, ce qui explique notamment le besoin ressenti de créer un *Eurogroupe*

⁵ . M. Westlake, D. Galloway, *The Council of the European Union*, Third Edition, John Harper Publishing, London, 2004, p. 156.

informel ⁶. Par contraste, le protocole social de Maastricht prévoyait que le Royaume-Uni ne participait ni à l'adoption ni aux délibérations de la « coopération renforcée » des Onze. Ce pourrait aussi bien être le cas s'agissant du projet de coopération structurée permanente, encore qu'une marge d'interprétation reste de mise à ce sujet ⁷.

Bien que la formulation soit quelque peu différente, les traités ont généralisé un tel aménagement du Conseil dans le fonctionnement d'une coopération renforcée au sens du mécanisme général : « *seuls (les membres du Conseil) qui représentent des États membres participant à la coopération renforcée prennent part à l'adoption des décisions* », ou « *au vote* », dans la formule adoptée par la Constitution. Le traité indique en outre expressément que « *tous les membres du Conseil peuvent participer aux délibérations* ».

S'agissant des coopérations renforcées agissant au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice, on retrouve des formules identiques, ou très similaires (par exemple, pour les coopérations renforcées *mutatis mutandis*).

Un autre point commun, intimement lié à la « réduction » de la formation du Conseil, réside dans l'adaptation du vote majoritaire en son sein, bien que celle-ci prenne parfois une modalité particulière dans le cadre de la coopération renforcée « euro », à savoir les deux tiers des participants. On notera cependant que suite à la redéfinition de la majorité qualifiée dans le traité de Nice, celle-ci a été prise en compte dans le régime du mécanisme général ⁸, mais pas dans les protocoles relatifs aux coopérations renforcées dans l'espace de liberté, sécurité et justice. Le traité constitutionnel a quant à lui procédé à une harmonisation des formules d'adaptation, dans tous les cas..

On observera aussi une tentative de convergence intéressante dans le traité constitutionnel à propos de la conceptualisation du Conseil en formation « réduite »

⁶ . Quant aux aménagements institutionnels effectués au sein du SEBC, ils sont comparables, et même bien davantage marqués. Les non participants sont exclus des organes de décision principaux que sont le Conseil des gouverneurs et le directoire. L'association des non participants se fait au travers d'un organe original, le Conseil général, lequel permet de suivre les activités de la BCE et est appelé à donner son avis sur un certain nombre de sujets.

⁷ . V. Chapitre 9, notamment section III, B., 3.

⁸ . Du moins dans un certaine mesure, v. Chapitre 2, section IV.

de la coopération renforcée « euro ». En effet, la nouvelle section 4 relative aux « dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro »⁹ reprend le même type de définition que celle concernant le régime général de la coopération renforcée : « *seuls les membres du Conseil représentant les États membres dont la monnaie est l'euro prennent part au vote* ». Toutefois, rien n'est prévu à cet endroit concernant la participation aux délibérations, ce qui pourrait ouvrir la voie à un raisonnement *a contrario* par rapport aux coopérations renforcées, à l'instar de la coopération structurée permanente en matière de défense. Quoiqu'il en soit, on pourra s'étonner que cette formule n'ait pas été reprise dans la section suivante concernant les dispositions transitoires, d'autant plus que nous avons vu les redondances entre ces deux sections. On a déjà indiqué à cet égard que la nouvelle section 4 avait été créée pour des raisons de visibilité politique qui ont fait fi de la cohérence juridique.

La convergence est encore plus significative concernant l'adaptation du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil en formation « réduite ». Sur ce point, alors que le traité avait prévu, à propos de la coopération renforcée « euro », une diminution du seuil de la majorité à deux tiers des voix des participants, la Constitution aligne l'adaptation du vote majoritaire sur celle retenue dans le cadre du mécanisme général de la coopération renforcée, même si elle s'abstient de rendre visible cette harmonisation par une clause générale¹⁰. Cette harmonisation a également été effectuée pour l'adaptation du vote au sein des coopérations renforcées relatives à l'acquis Schengen, des coopérations *mutatis mutandis* relatives au titre IV du TCE¹¹, ou encore de la coopération structurée permanente¹².

II. Procédure de déclenchement, formation du cercle initial des participants et conditions éventuelles de participation

⁹ . V. Chapitre 21, section VI.

¹⁰ . V. les décisions précitées du 29 mai 2000 (Royaume-Uni) et du 28 février 2002 (Irlande).

¹¹ . V. par exemple les articles premier et 3 du nouveau protocole « britannico-irlandais », l'article premier du nouveau protocole « danois », et l'article 3 de l'acte d'adhésion 2003. En revanche, l'article 4, § 1, alinéa 2 du nouveau protocole « danois » ne se réfère plus au Conseil en formation « réduite », mais directement aux États membres participants (*comp.* article 5, § 2 du protocole « danois »).

Les coopérations renforcées ne sont pas directement déclenchées par le traité, mais sont *autorisées* par une décision du Conseil, selon une procédure qui varie davantage dans ses modalités que dans ses principes, et qui est soumise aux conditions du dernier ressort et de la masse critique. Il en va de même pour l'entrée en vigueur de la troisième phase de l'UEM qui concrétise la coopération renforcée « euro », ainsi que pour *établir* la coopération structurée permanente en matière de défense. Dans tous ces cas, les participants sont désignés par cette même décision initiale du Conseil. En cela, le projet de monnaie unique et de défense structurée font aussi l'objet d'une « *enabling clause* », ce qui relativise déjà quelque peu la distinction entre les coopérations « prédéterminées » et les « *enabling clause* ».

Il est vrai que la ressemblance s'arrête là. Car le caractère programmatique de la coopération renforcée « euro » est fortement marqué, notamment par la date limite du 1er janvier 1999 qui en quelque sorte obligeait le Conseil à statuer et à désigner le groupe des premiers participants à la troisième phase de l'UEM. En outre, le déclenchement de cette « coopération renforcée » n'est pas soumis à une condition de dernier ressort, tandis que la masse critique initialement fixée à la moitié des États membres ne constituait plus une condition au moment de la date ultime pour entrer dans la troisième phase. En cela, le projet de « coopération renforcée » en matière d'UEM est largement prédéterminé.

Il en va de même pour la coopération structurée permanente. Son établissement n'est pas lié à quelque condition de dernier ressort (même si cela pourrait être *de facto* le cas dans la pratique), ni même de masse critique. Certes, aucune date n'est fixée, et sa réalisation requerrait, après l'entrée en vigueur de la Constitution, une initiative de la part des États membres intéressés, comme pour une coopération renforcée ; mais il suffira que le Conseil statue à la majorité qualifiée dans un délai donné (et non l'unanimité comme ce serait le cas pour autoriser une coopération renforcée dans ce domaine). De ce point de vue, le *projet* de coopération structurée est donc moins prédéterminé que la coopération renforcée « euro ».

¹² . Article III – 312, § 3 et 4, concernant la participation ultérieure et la suspension à la participation à la coopération structurée en matière de défense

D'autre part, la formation du groupe initial des participants à la monnaie unique ne dépend pas (ou du moins pas seulement) de la bonne volonté des États membres : elle repose sur des conditions de participation également « prédéterminées » dans le traité, à savoir les critères de convergence, dont le respect est évalué par le Conseil. C'est aussi le cas pour la coopération structurée permanente dont la participation dépend de « critères » et « d'engagements en matière de capacité militaire » qui sont définis dans un protocole annexé au traité constitutionnel.

Sur ce point, on rappellera les avancées faites par la Constitution pour généraliser la possibilité d'établir des conditions de participation au moment du déclenchement d'une coopération renforcée. En l'occurrence, ces conditions seraient établies, « prédéterminées », par le Conseil lui-même, dans sa décision d'autorisation initiale, ce qui relativise quelque peu le principe d'ouverture à ce stade. On l'a vu, cette convergence du mécanisme général vers les systèmes de coopérations renforcées « prédéterminées » n'est pas dû au hasard, mais à la volonté de rendre plus effectif et plus attractif le recours au mécanisme général, notamment en conférant un caractère un peu plus « exclusif » aux coopérations renforcées qui en seraient issues.

La situation était sensiblement différente concernant la coopération renforcée issue du protocole social de Maastricht. Celle-ci n'était pas seulement « prédéterminée » mais d'emblée « préétablie » dès lors qu'elle n'était pas seulement projetée, mais directement créée par le traité, sans devoir attendre une quelconque décision ultérieure du Conseil. L'identité des participants est de même fixée d'avance fixée, tandis que leur participation ne dépend plus de leur bonne volonté, ni d'ailleurs d'aucune condition de participation.

Il en va de même pour la coopération renforcée « Schengen intégré », dont la définition de l'objet nous l'avons vu est encore plus détaillé. Elle est pareillement directement préétablie, sa composition est pareillement prédéterminée. Certes il existe des conditions de participation, mais elles déterminent pas l'adhésion formelle des États membres au système, mais seulement leur participation effective, voire progressive ; le report de la participation effective ne les empêchent pas de prendre part d'emblée au processus de décision, fût-ce pour des actes qui ne s'appliqueraient pas encore de façon effective à l'égard de certains États membres. D'où l'idée que les

participants effectifs constituent une sorte de sous-coopération renforcée, voire la coopération renforcée la plus significative, un peu à l'instar de ce que nous avons pu constater au sein de l'Agence européenne de la défense ou du nouveau mécanisme de change (MTC 2).

En comparaison, on rappellera que les critères de convergence conditionnant l'adoption de l'euro, qui sont davantage formalisés, conditionnent l'adhésion formelle, et pas seulement effective, à la zone euro.

En revanche, les coopérations renforcées « développement de Schengen », qui sont soumises de façon résiduelle au régime du mécanisme général, sont « réputées autorisées » après que le Royaume-Uni ou l'Irlande aient exercé leur *opt-in /out* à la carte, de sorte qu'elles sont moins « prédéterminées » que la coopération « Schengen intégré », mais tout de même davantage que les coopérations renforcées issues du mécanisme général. Quant aux coopérations renforcées *mutatis mutandis* relatives au titre IV du TCE, la non participation du Danemark est prédéterminée.

III. Objet des coopérations renforcées

L'objet des coopérations renforcées issues du mécanisme général se situe potentiellement dans toutes les bases juridiques de compétences (non exclusives) de l'Union, dans tous les domaines couverts par les traités, y compris celui de la PESC si la Constitution devait entrer en vigueur. Il n'est pas prédéterminé, si ce n'est de façon générale et abstraite, par la condition du dernier ressort qui risque d'ailleurs d'en limiter la portée. L'objet des coopérations renforcées reste donc à déterminer au coup par coup, par le biais de la décision d'autorisation initiale du Conseil.

La logique du mécanisme général de la coopération renforcée, qui est aussi, selon notre approche, une caractéristique des coopérations renforcées en général, voudrait qu'il y ait une stricte correspondance entre l'objet d'une coopération renforcée et les aménagements constitutionnels prévus par le mécanisme. Ainsi, dans le cadre de la ou des bases juridiques retenue(s) au moment de l'autorisation initiale, le Conseil statuerait en formation « réduite » et adopterait des actes qui ne s'appliquent qu'aux participants. Les bases juridiques communes seraient donc 'activées' de façon

différenciée. Nous avons soutenu que cette situation pourrait engendrer de nouveaux rapports de compétences entre la coopération renforcée et les non participants, notamment par un phénomène de *preemption* au profit de la première.

On retrouve parfaitement cette logique s'agissant de la « coopération renforcée » prédéterminée issue du protocole social de Maastricht. En l'occurrence, cependant, ce ne sont pas des bases juridiques communes qui sont activées de façon différenciée, car l'objet de la coopération renforcée en matière sociale est globalement distinct de celui défini par le Chapitre sociale du TCE d'alors. Autrement dit, la différenciation des rapports de compétence est clairement préétablie.

Alors que la coopération renforcée en matière sociale a été créée directement par le traité, la coopération renforcée « euro » y a seulement été *programmée*. Son objet est cependant pareillement prédéterminé dans le traité : il s'agit de la monnaie unique, ou plus précisément la politique monétaire et de change. Il reste que l'objet exact de la coopération renforcée « euro » n'est pas aussi précisément défini que pour la coopération renforcée en matière sociale : si l'on s'inscrit dans la logique évoquée ci-dessus, la correspondance de cet objet avec les aménagements du Conseil et du champ d'application des actes est beaucoup moins systématique.

L'on a en effet pu observer que, dans le cadre communautaire de l'UEM, la suspension du droit de vote au sein du Conseil ne dépend pas strictement de la limitation du champ d'application des bases juridiques visées par cette suspension. Concernant plus particulièrement la législation complémentaire des statuts du SEBC, une telle suspension n'est pratiquement jamais de mise malgré la différenciation du champ d'application de certaines bases juridiques et des actes qui en découlent, ce qui renforce l'idée de « cadre commun » (v. ci-dessous). S'agissant plus généralement du champ d'application formel des actes du Conseil, aucune règle générale n'est prévue, contrairement au mécanisme de la coopération renforcée. Il en ressort que la différenciation du champ d'application formel des actes semble davantage (mais pas toujours) résulter du champ d'application des bases juridiques que de la formation « réduite » du Conseil qui statue. Dans le cadre du SEBC, il n'y a pas non plus de stricte relation entre le champ d'application formel des actes de la BCE et celui des

bases juridiques qui les fondent, ni entre le champ d'application de ces actes et l'intervention ou non du Conseil général qui associe les non participants.

Dans cette perspective, l'effort de généralisation réalisé dans la conception du mécanisme général est remarquable, et aurait pu (pourrait encore ?) orienter la réforme du chapitre sur l'UEM dont l'absence de systématisation est patente. A vrai dire, le protocole social du traité de Maastricht aurait sans doute procuré encore un meilleur modèle.

Quoi qu'il en soit, la prédétermination, même approximative, de l'objet de la coopération renforcée au sein de l'UEM donne aussi indubitablement lieu à une différenciation des rapports de compétence parmi les États membres en matière de politique monétaire et de change ¹³. En effet, cette compétence est devenue exclusive dans le chef de la « communauté restreinte » des participants, tandis qu'elle relève encore pour l'essentiel des États, s'agissant des non participants.

Cette différenciation des rapports de compétence a notamment eu pour effet, dans la pratique, de devoir organiser les relations entre les premiers et les seconds dans ce domaine, que ce soit par le biais du nouveau mécanisme de change (MTC 2), du système de paiement TARGET ou encore du mécanisme de soutien financier liée à la balance des paiements ¹⁴. *Mutatis mutandis*, il pourrait en aller de même pour les coopérations renforcées issues du régime général, compte tenu de la différenciation des rapports de compétence qui résulterait de la leur mise en œuvre (v. ci-dessus). Un jour se posera peut-être la question des relations éventuelles à établir entre une coopération renforcée dans un domaine de politique d'une part, et les non participants qui auront conservé leur compétence d'autre part (par hypothèse concurrente), à moins que l'on ne considère la procédure de participation ultérieure comme seule issue.

¹³ . V. aussi dans la formalisation de cette différenciation à l'article I – 13 de la Constitution.

¹⁴ . Sur cette question, v. aussi *infra*, Aucune formule de la sorte n'a été imaginée dans les domaines relevant du protocole social de Maastricht, sans doute en raison du manque d'intérêt dans le chef du Royaume-Uni.

S'agissant de la coopération structurée permanente en matière de défense, son objet est également prédéterminé, à savoir « *conduire les missions (Petersberg) les plus exigeantes* ». Il est ainsi défini de façon plus abstraite et générale que la coopération renforcée en matière sociale. En fait, l'objet de la coopération structurée est le même que celui assigné à l'Union dans son ensemble dans le domaine de la défense, si ce n'est qu'on envisage seulement les missions *les plus exigeantes*. De ce point de vue, à l'instar du mécanisme général de la coopération renforcée, la différenciation des rapports des compétences n'est pas directe ; elle procède d'une activation différenciée d'une base juridique *quasi-commune* ¹⁵. Ceci étant, l'on retrouve une stricte correspondance entre l'activation différenciée des bases juridiques, le fonctionnement du Conseil en formation « réduite », et le champ d'application limité des missions. Par ailleurs, la coopération structurée n'est pas directement créée par le traité, comme la coopération renforcée en matière sociale, elle est simplement programmée, à l'instar de la coopération renforcée « euro ». Une fois créée, elle serait « permanente » et pourrait dès lors, de façon autonome, arrêter au cas par cas les missions particulières. Mais elle ne serait pas nécessairement davantage permanente que les autres coopérations renforcées, prédéterminées ou non.

L'objet de la coopération renforcée préétablie « acquis de Schengen intégré » est également prédéterminé : il s'agit de l'acquis de Schengen tel qu'il a été intégré dans le cadre institutionnel de l'Union. Il est bien davantage détaillé que pour les autres coopérations renforcées, dès lors qu'il se réfère non seulement à des bases juridiques de compétence, mais aussi à une multitude d'actes matériels de droit dérivé préexistant. Cet objet sera ensuite « développé », c'est-à-dire que le cas échéant ces actes seront complétés, modifiés ou remplacés par le recours à des coopérations renforcées au sens du mécanisme général, mais « réputées autorisées » s'il s'avère qu'au moins un des trois États en question n'y participe pas. Quant aux coopérations renforcées *mutatis mutandis*, leur objet est pareillement prédéterminé, mais de façon plus générale, et ici aussi de façon parallèle au TCE, à savoir celui couvert par son titre IV. Cet objet peut cependant être limité par une décision du Conseil suite à une demande du Royaume-Uni et de l'Irlande en ce qui les concerne (mais pas du

¹⁵ . Le phénomène de *preemption* devrait cependant être moins marqué dans ce domaine, notamment en raison de la nature intergouvernementale des missions en question.

Danemark) ; en l'occurrence, le Conseil a adopté une décision concernant chacun des deux États, qui définit de façon large les questions auxquelles ils prendront part ¹⁶.

Qu'il s'agisse des coopérations renforcées « développement de Schengen » ou des coopérations *mutatis mutandis*, on retrouve, à l'instar du mécanisme général, la correspondance entre l'activation différenciée de bases juridiques communes, le Conseil statuant en formation « réduite » ainsi que la différenciation du champ d'application des actes, et partant le phénomène de différenciation des rapports de compétence entre l'Union et ses États membres qui s'ensuit.

On rappellera aussi que dans certains domaines couverts par le titre IV du TCE, des accords parallèles ont été conclus par des coopérations *mutatis mutandis*, au nom de la Communauté, avec le Danemark, nonobstant sa faculté d'*opt in* constitutionnelle. On retrouve là une idée également mise en œuvre dans le cadre de l'UEM, déjà rappelée ci-dessus, à savoir organiser les relations avec les non participants. Sans doute se justifiait-elle davantage dans ce domaine dès lors qu'il n'appartient en principe pas aux États membres de décider de façon discrétionnaire de participer à la monnaie unique.

IV. Participation ultérieure aux coopérations renforcées

Pratiquement tous les régimes de coopération renforcées établissent – prédéterminent – une procédure relative à la participation ultérieure des autres États membres, ceux qui sont restés en dehors de la coopération renforcée au moment de sa formation, sans devoir amender le droit primaire. Une exception est notoire : aucune procédure de ce type n'avait été prévue concernant la coopération renforcée issue du protocole social de Maastricht.

S'agissant du mécanisme général de la coopération renforcée, l'initiative revient aux États membres qui désirent participer à la coopération renforcée, auquel cas ils doivent notifier leur intention à la Commission et au Conseil. Ensuite, c'est la Commission qui statue dans le pilier communautaire de façon relativement

¹⁶ . Décisions du 29 mai 2000 et du 28 février 2002, précitées

discrétionnaire, et le Conseil dans les deux autres piliers. Celui-ci se prononce à la majorité qualifiée, dans une formation « réduite » aux participants dans le troisième pilier, et dans sa formation normale dans le deuxième pilier. Plus exactement, la participation ultérieure est réputée approuvée, sauf décision contraire du Conseil, ce qui constitue un aspect important du principe d'ouverture. La Constitution européenne s'est attaché à unifier quelque peu ces procédures en en offrant une synthèse intéressante : la Commission confirme en principe la demande de participation, tandis que le Conseil peut statuer en appel en cas de décision négative de la Commission. Dans le cadre de la PESC, le Conseil statuerait non plus dans sa formation pleine, mais dans sa formation « réduite ».

La procédure relative à l'adoption ultérieure par un État membre de la monnaie unique est tout à fait comparable, bien que distincte sur certains points. L'initiative de la procédure peut provenir soit des États membres non participants, soit de la Commission et de la BCE qui soumettent un rapport au Conseil tous les deux ans concernant le respect des critères de convergence par les États non participants, à l'exception du Royaume-Uni et du Danemark qui conservent le monopole du déclenchement de la procédure. Le caractère transitoire de la coopération renforcée « euro » est donc davantage marqué que pour une coopération renforcée issue du mécanisme général, mais pas davantage s'agissant du statut du Royaume-Uni et du Danemark.

Ensuite, c'est le Conseil qui met fin aux régimes dérogatoires ou d'exemption à la majorité qualifiée dans sa formation *pleine*, sur base d'une proposition formelle de la Commission. Comparée à la procédure prévue par le mécanisme général, celle-ci est plus classique du point de vue de l'équilibre institutionnel, de facture proprement communautaire, sans toutefois laisser un pouvoir discrétionnaire à la Commission (comme c'est le cas pour la participation ultérieure aux coopérations renforcées conduites dans le cadre communautaire). Une telle procédure est donc davantage motivée par l'importance des critères de convergence que par un éventuel principe d'ouverture qui n'est d'ailleurs pas formulé de façon expresse dans le chapitre sur l'UEM. En revanche, en statuant en formation pleine – et non « réduite » –, on souligne davantage le cadre commun de l'UEM, que le caractère autonome de la coopération renforcée « euro ».

Sur cette question, la Constitution européenne a toutefois opéré un changement intéressant qui rapproche le régime de différenciation dans l'UEM du mécanisme de la coopération renforcée : le Conseil statue toujours sur base d'une proposition de la Commission, mais après avoir reçu une recommandation émanant d'une majorité qualifiée du Conseil dans sa formation « *réduite* ». Il s'agit là d'une formule de compromis à l'égard de certains États membres de la zone euro qui voulaient strictement s'aligner sur le modèle de la coopération renforcée ¹⁷, à savoir que le Conseil statue directement en formation « *réduite* », ce qui renforce l'autonomie de la coopération renforcée.

S'agissant de la coopération structurée permanente en matière de défense, la procédure de participation ultérieure est analogue à celle prévue par le mécanisme général dans le domaine de la PESC (défense y compris) dans la Constitution européenne : le Conseil « confirme » dans sa formation « *réduite* » la participation des États membres qui en ont notifié la demande, pourvu qu'ils respectent les critères de capacité requis. En revanche, il statue non à l'unanimité, mais à la majorité qualifiée adaptée des participants. Nous avons également mentionné une innovation sans précédent, à savoir la faculté pour les participants de se retirer par leur simple volonté, ou la possibilité de se faire exclure par le groupe dans l'hypothèse où les critères de capacités militaires ne seraient plus respectés.

La procédure est pratiquement la même pour la participation ultérieure, en l'occurrence du Royaume-Uni et du Danemark, à la coopération pré-établie « Schengen intégré », si ce n'est que le Conseil statue, suite à une demande de l'un d'eux, en formation « *réduite* » à *l'unanimité* des États y participant formellement. Quant à la participation ultérieure aux coopérations renforcées « développement de Schengen », le principe a été posé que les deux États en question y sont automatiquement associés dans la mesure de leur adhésion préalable éventuelle à l'acquis de Schengen intégré ¹⁸. Pour le reste, comme il s'agit de 'vraies'

¹⁷ . Du moins dans le cadre du titre VI du TUE sur base du traité de Nice, et sur base du traité constitutionnel, dans le cadre de la PESC, ainsi que dans les autres domaines lorsque le Conseil statue sur base d'un recours contre la décision de la Commission.

¹⁸ . En vertu des deux décisions du 29 mai 2000 et du 28 février 2002, précitées.

coopérations renforcées au sens du mécanisme général, la procédure y prévue devrait également s'appliquer.

S'agissant enfin des coopérations renforcées *mutatis mutandis* « Titre IV TCE », la procédure du mécanisme général s'applique ... '*mutatis mutandis*', fût-ce au cas par cas, et partant en acceptant d'être engagé dans le processus de modification ultérieure de ces mesures, conformément à la philosophie du mécanisme général. Enfin, nous ne reviendrons plus sur le détail du statut particulier du Danemark qui bénéficie seulement d'une clause d'*opt in* constitutionnelle lui permettant de normaliser sa situation, en tout ou en partie, à savoir prendre part au développements du titre IV du TCE et accepter la communautarisation de ces matières (et même du titre VI du TUE, suite au traité constitutionnel).

V. Principe d'ouverture et conditions de participation

Le principe d'ouverture a déjà été évoqué à plusieurs reprises, il convient maintenant de faire le point sur la comparaison des différentes coopérations renforcées du point de vue de leur caractère plus ou moins inclusif ou 'exclusif'.

L'on se souviendra que le principe d'ouverture a été mis en exergue par le traité de Nice à propos du mécanisme général. Il permet en principe à tout État membre de participer à une coopération renforcée, que ce soit au moment de sa création initiale ou à un moment ultérieur. Ce principe est quelque peu relativisé du fait de l'existence même d'une procédure de décision statuant sur la participation ultérieure (surtout si on vote à l'unanimité), même si celle-ci repose sur l'idée de « présomption positive », et du fait de pouvoir édicter des « dispositions particulières jugées nécessaires ». Surtout, aucune mesure d'accompagnement et de soutien n'est prévue pour encourager les non participants à la rejoindre.

Le traité constitutionnel a modifié le régime des coopérations renforcées sur un point capital, en intégrant la possibilité de prévoir des conditions de participation qui devront être respectées, à la fois au moment de la mise sur pied d'une coopération renforcée qu'au moment d'une éventuelle participation ultérieure d'un autre État membre. Cette nouveauté relativise dès lors l'idée de « présomption positive » qui

inspire en principe toujours la nouvelle procédure de synthèse telle qu'imaginée par la Constitution (v. ci-dessus), et plus généralement, tempère le principe d'ouverture. On a déjà signalé cette convergence du mécanisme général vers les systèmes de coopérations renforcées davantage « prédéterminés », principalement motivée par la volonté de contrer l'effet pervers dit du « cheval de Troie ».

Il ne faudrait pas en conclure pour autant qu'en raison des critères de convergence, la coopération renforcée « euro » est fondamentalement moins inclusive que le régime général de la coopération renforcée. En effet, la première se caractérise par l'existence d'un « cadre commun », tant d'un point de vue institutionnel que du contenu même de la politique en matière d'UEM, dont les contours sont sans doute davantage marqué (v. *infra*). Plus particulièrement, la participation ultérieure des non participants est encouragée et préparée en maintenant des relations étroites entre ces derniers et la coopération renforcée « euro ». Nous l'avons évoqué, ces relations peuvent prendre pied en dehors du cadre de l'Union comme le MTC 2 ou le système de paiement TARGET, mais aussi à l'intérieur de celui-ci, en atteste la survivance du mécanisme de soutien financier à la balance des paiements.

A l'instar des critères de convergence à respecter pour adopter la monnaie unique, les critères relatifs aux capacités et engagements militaires conditionnent la participation à la coopération structurée permanente. Celle-ci apparaît comme davantage « exclusive », sans aucun incitant ni relations particulières avec les non participants, avec en outre la capacité d'exclure à proprement parler un membre du groupe.

Quant aux coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen, on a vu que de nombreuses conditions, bien que très peu formalisées, déterminaient, non pas l'adhésion formelle au système Schengen, mais la participation effective voire progressive à celui-ci, notamment en fonction de la capacité à contrôler la frontière extérieure de l'Union.

En revanche, les coopérations renforcées *mutatis mutandis* « Titre IV TCE » sont pleinement ouvertes, la normalisation des trois États concernés ne dépendant que de leur bonne volonté. Cela n'empêche cependant pas qu'à cet endroit aussi, des

relations soient établies entre le groupe des participants, au nom de « la Communauté », et en l'occurrence le Danemark, via des accords parallèles.

Quant à la coopération renforcée issue du protocole social de Maastricht, aucune condition de participation n'était prévue, mais le principe d'ouverture était contré par le fait qu'aucune procédure de participation ultérieure, en l'occurrence du Royaume-Uni, n'était prévue, de sorte que seule une révision du traité pouvait y procéder.

VI. Relations « extérieures » des coopérations renforcées ¹⁹

Le mécanisme général de la coopération renforcée n'a prévu aucune disposition particulière lorsque celle-ci serait amenée à agir sur le plan extérieur, ce qui n'a sans doute pas pour effet de l'interdire. L'examen de la pratique des coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen et au titre IV du TCE pourrait ainsi préfigurer les questions susceptibles de se poser, lors de la mise en œuvre du mécanisme général, quant à l'incidence de la non-participation d'un certain nombre d'États membres sur les relations internationales de la Communauté ou de l'Union. Et aussi de préfigurer les solutions possibles. La comparaison avec le précédent de la coopération renforcée « euro » pourrait également être riche en enseignements. Un des plus intéressants consiste sans doute dans la façon dont s'établissent certaines relations entre la coopération renforcée et les non participants, qui s'apparente parfois à un type particulier de relations « extérieures ».

A. Relations extérieures avec des États tiers

La principale difficulté du sujet tient au fait que la plupart des accords « du Conseil », de la Communauté et/ou de l'Union conclus dans un domaine relevant d'une

¹⁹ . Pour une analyse plus théorique et systématique de ce sujet complexe, l'on se reportera à l'étude fouillée de Eddy De Smijter, « The External Relations of a differentiated European Community », in B. De Witte, D. Hanf et E. Vos (Eds), *The many faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, 2001. V. aussi F. Tuytschaever, « Quelques réflexions relatives à l'incidence de la coopération renforcée sur les relations extérieures de la Communauté », in Y. Lejeune (ed), *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 404 ; E. Cannizzaro « *Sui rapporti fra il sistema della cooperazione rafforzata et il sistema delle relazioni esterne della Comunità* », *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 331. C. Schmitter, « Coopérations renforcées et compétences externes de la Communauté européenne », in M. Dony (ed.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1999, p. 77.

coopération renforcée, en l'occurrence au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice, sont précédés ou suivis de diverses décisions du Conseil relativement à la conclusion, la signature ou l'approbation de l'accord en question, ou encore une décision sur les modalités de mise en œuvre. Il n'est pas toujours évident de savoir quel États n'a pas pris part au processus de décision ou de conclusion de l'accord..., et/ou lequel de ces États n'est pas lié par ces décisions ou accords. La même incertitude plane quant à leur participation ou non aux futurs développements de ces accords, fût-ce au seul *decision shaping*, ainsi qu'au caractère contraignant ou non à leur égard de ces développements.

Il arrive notamment parfois que l'accord ne fournisse lui-même guère d'indications sur la participation du Royaume-Uni, de l'Irlande ou du Danemark, ni le cas échéant, sur leur statut d'exemption ou dérogatoire. Certes ces indications apparaissent alors souvent dans les décisions du Conseil, mais leur caractère unilatéral soulève la question de l'opposabilité aux États tiers de la « diminution » du champ d'application communautaire de l'accord. Tel est par exemple le cas de l'accord du Conseil du 18 mai 1999 avec la Norvège et l'Islande sur l'extension de l'espace Schengen à ces deux pays : rien n'y est indiqué quant au régime particulier du Danemark. Seule une décision du Conseil sur les modalités de l'accord indique au passage qu'elle s'applique de façon particulière au Danemark ²⁰. Lorsqu'en revanche, l'accord en question signale dans son contenu qu'il ne s'applique pas à l'un ou l'autre de ces États (en l'occurrence, le Royaume-Uni et l'Irlande), il n'est pas précisé si tel était le cas en vertu du contenu de l'accord conclu par tous (différenciation matérielle) ou du fait que l'État en question n'avait pas, le cas échéant, pris part à sa conclusion (différenciation formelle).

En matière d'UEM, les relations extérieures sont régies par l'article 111 du TCE, lequel a été rendu inapplicable aux États n'ayant pas encore adhéré à la monnaie unique. Dans ce cadre, le Conseil agit en formation « réduite » et les actes qui en dérivent ne sont pas applicables à ces derniers. Ainsi, bien que l'article 111 du TCE se réfère fréquemment à la Communauté, c'est une Communauté dont le champ

²⁰ . Décision 1999/437 précitée, considérant 7) du préambule. Le même problème d'opposabilité aux tiers se pose avec l'accord-cadre entre la Communauté et la Turquie de 2002, quant à sa participation aux programmes communautaires, précité.

d'application « interétatique » est réduit qu'il faut entendre, même si cela n'est expressément précisé qu'à l'égard du Royaume-Uni. La question pourrait dès lors se poser, ici aussi, de l'opposabilité aux tiers du champ d'application restreint des accord internationaux conclus par la Communauté (ou par la BCE), ou encore du champ d'application restreint des actes unilatéraux adoptés au sein d'organisations internationales, sauf évidemment à ce que ces tiers y aient consentis d'une manière ou d'une autre. Dans la pratique, nous avons mentionné une série de décisions du Conseil concernant les relations internationales privilégiées en matière monétaire de certains États membres particuliers de la zone euro ²¹. Il est vrai que ce type de décision n'est pas susceptible de pouvoir « s'appliquer » en tant que telle à un État non partie à la zone euro, lequel pourrait difficilement, dans la pratique, ne pas la reconnaître et la considérer comme inopposable à son égard ²².

Quoi qu'il en soit, ce problème d'opposabilité aux tiers des arrangements internes à l'Union devra être présent à l'esprit lorsque des coopérations issues du mécanisme général agiront sur la scène internationale, fût-ce au nom de l'Union.

Un autre phénomène intéressant, observé seulement dans la pratique des coopérations renforcées dans le domaine de l'espace de liberté, sécurité et justice, réside dans les différentes techniques employées pour associer malgré tout un des trois États membres non participant aux coopérations renforcées en question aux accords internationaux conclus par l'Union (ou le Conseil) ou la Communauté.

S'agissant par exemple à nouveau de l'association de l'Islande et de la Norvège à la zone « Schengen », et compte tenu de la participation ponctuelle éventuelle du Royaume-Uni et de l'Irlande à certains éléments et développements de cet acquis, le Conseil a conclu un second accord (du 30 juin 1999) avec l'Islande et la Norvège pour régler les relations des premiers avec les seconds. De même, compte tenu notamment de l'association particulière du Danemark, via un accord parallèle (v.

²¹ . Pour rappel, v. *supra* les relations privilégiées de la France avec Monaco, les pays de la zone du franc CFA ou avec les Comores (franc comorien), de l'Italie avec le Vatican, du Portugal République du Cap vert (escudo cap verdien). Ces décisions ne donnent cependant aucune indication quant aux États éventuellement non impliqués dans les délibérations, ou éventuellement non liés par celles-ci, ni formellement ni même matériellement.

²² . Remarque du Professeur Jean-Victor Louis.

aussi infra), au régime communautaire relatif à la détermination de l'État responsable du droit d'asile et au système Eurodac, a-t-il été jugé utile d'associer le Danemark au régime d'association entre la Communauté d'une part, et l'Islande et la Norvège d'autre part, dans ces domaines de politique : le Danemark n'avait en effet pas été partie prenante à cet accord d'association du 19 janvier 2001. Dès lors fut conclu quelques années plus tard (concomitamment à l'accord parallèle) un second accord (sous forme d'un protocole au premier accord) entre la Communauté et les deux pays nordiques afin de régler les relations de ces derniers avec le Danemark, dans un environnement purement international.

Faut-il en déduire que les futures coopérations renforcées procédant de la mise en œuvre du mécanisme général seront à même de compléter leurs accords internationaux ²³ avec des États tiers par un accord supplémentaire avec ceux-ci, à savoir un accord qui aurait pour objet de régler les relations des États non participant aux coopérations renforcées en question avec lesdits États tiers ? A notre connaissance, de tels accords supplémentaires n'existent pas dans le cadre de la coopération renforcée « euro », mais cela pourrait venir...

Une autre technique, rencontrée dans les accords communautaires de réadmission, consiste à prévoir, en l'occurrence dans une déclaration, que le Danemark ²⁴ et les pays tiers en question concluront des accords de réadmission aux mêmes conditions que l'accord communautaire, en précisant que le Danemark ne sera engagé qu'à titre individuel et dans un environnement purement intergouvernemental ²⁵. Cette technique se justifie sans doute par le fait que le Danemark n'est aucunement obligé en cette matière relevant du titre IV du TCE au sein de la Communauté, et a conservé toute sa propre compétence.

Une dernière technique, pour le moins originale, consiste à conclure un accord d'association mixte (UE/CE – États membres), en disposant que certains États membres sont liés non en tant que membre de l'Union ou de Communauté, mais de

²³ . D'un point de vue formel, il s'agira peut-être des accords de la Communauté ou de l'Union agissant en coopération renforcée.

²⁴ . Une autre déclaration concerne l'Islande et le Danemark de la même façon.

²⁵ . En revanche, rien n'est envisagé pour le Royaume-Uni et l'Irlande.

façon individuelle et purement interétatique. Tel est par exemple le cas pour l'accord euro-méditerranéen de 2004 avec l'Égypte, en ce qui concerne le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark, à propos des questions dont ils sont exemptés ou jouissent d'un régime dérogatoire sur le plan intracommunautaire. Il n'est guère aisé de savoir si seule la mixité de l'accord autorise le recours à une telle technique. Quoiqu'il en soit, ces techniques pourraient, elles aussi, inspirer la mise en œuvre de coopérations renforcées dans le futur ²⁶.

Enfin, pour revenir à l'UEM, nous avons aussi pu constater que l'*Eurogroupe* et sa présidence sont amenés à jouer un rôle de plus en plus important dans la représentation externe de la zone euro, notamment aux travaux du G7 réunissant des ministres des finances et des gouverneurs de banques centrales. Faut-il dès lors envisager que des groupes informels pourraient aussi se former, à côté des coopérations renforcées en bonne et due forme, afin de les représenter sur la scène extérieure ?

B. Relations «extérieures» des coopérations renforcées avec des États membres non participants

Mises à part quelques conditions d'ordre général, comme le respect des compétences et des droits des États membres non participants, les relations entre ces derniers et les coopérations renforcées se limitent, pour l'essentiel, dans le régime du mécanisme général, à organiser de façon détaillée la procédure relative à la participation ultérieure des non participants tout en respectant le principe d'ouverture ²⁷.

La pratique des coopérations renforcées dans le cadre du titre IV du TCE révèle une autre forme de relation, en l'occurrence entre les coopérations renforcées *mutatis mutandis* et le Danemark, seul non participant à celles-ci. Il s'agit plus précisément d'accords « parallèles » à une réglementation « communautaire » faisant l'objet d'une coopération renforcée *mutatis mutandis* que la Communauté a conclus au moins à

²⁶ . Sur cette idée, v. aussi F. Tuystchaever, précité, 1999, p. 174.

²⁷ . V. Chapitre VII, section I.

trois reprises avec le Danemark ²⁸. Ces accords visent à étendre au Danemark le régime communautaire, mais dans un environnement purement international. Sans être a priori illégale, cette technique déroge à la clause d'*opt in* constitutionnelle dont jouit déjà le Danemark. Elle a été justifiée, à titre exceptionnel, par la plus value pour la Communauté d'associer le Danemark, et du fait que celui-ci était partie aux conventions 'communautaires' qui couvraient les sujets en question avant d'être remplacées par des règlements communautaires. Une telle technique n'a cependant jamais été utilisée à l'égard du Royaume-Uni ou de l'Irlande. Elle ne l'a pas non plus été dans le cadre des coopérations renforcées « développement de Schengen » dès lors que le Danemark peut déjà reprendre à son compte de façon purement discrétionnaire ces développements sous la forme d'obligations de droit international.

Une autre technique a déjà été évoquée ci-dessus à propos de l'accord mixte euro-méditerranéen avec l'Égypte qui ne lie les trois États membres exemptés en question qu'à titre individuel (du moins jusqu'au moment de la normalisation de leur situation), c'est-à-dire dans un environnement purement international. En effet, cette technique a sans doute pour effet de créer des droits et obligations, non seulement entre ces trois États membres et l'Égypte, mais aussi entre la Communauté et ces trois États membres, dans le même environnement international.

A ce sujet, la comparaison des relations que la coopération renforcée « euro » entretient avec les États membres qui n'en font pas partie est digne d'intérêt, au-delà de l'élaboration du « cadre commun » de l'UEM et de la procédure de participation ultérieure à la coopération renforcée.

Une première façon de procéder consiste à maintenir en vigueur un système qui, ayant perdu sa raison d'être pour ceux qui sont entrés dans la zone euro, a été maintenu au profit des non participants. Il s'agit en l'occurrence du système de concours mutuel ou de sauvegarde ²⁹, notamment en cas de difficultés liées à la balance des paiements ³⁰.

²⁸ . 1. En matière d'asile (État membre responsable d'une demande), 2. Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions judiciaires en matières civile et commerciale; 3. Signification et notification des actes judiciaires et extrajudiciaires ; sur ce sujet, v. aussi *supra*.

²⁹ . Articles 119 et 120 TCE.

³⁰ . V. aussi l'article 2 du règlement n° 3603/93 du Conseil du 13 décembre 1993 précisant les définitions nécessaires à l'application des interdictions énoncées aux articles 101 et 103, § 1 du TCE .

Dans le même ordre d'idée, on pourrait également rappeler un règlement du Conseil permettant durant la troisième phase, de poursuivre, aux fins de gestion de réserves de changes, les acquisitions par les Banques centrales de la zone euro d'instruments négociables de dette du secteur public d'un État membre non participant ; et inversement, les acquisitions par les Banques centrales des non participants d'instruments négociables de dette du secteur public d'un État membre participant à la zone euro.

De façon plus générale, on pourrait rappeler qu'au lendemain de l'entrée en vigueur de la troisième phase, chaque État membre non participant restait tenu de traiter sa politique de change comme un problème d'intérêt commun ³¹.

A cet effet, c'est en marge des traités qu'une nouvelle collaboration sera établie entre la coopération renforcée « euro » et les non participants : il s'agit du nouveau mécanisme de taux de change (MTC 2). Plus exactement il s'agit, suite à une résolution du Conseil européen, d'un accord entre la BCE et toutes les banques centrales des États membres ne participant pas à la troisième phase ³², même si la participation « effective » à l'essentiel du mécanisme demeure facultative dans leur chef. On a pu justifier cette coopération en matière de stabilité monétaire en marge du TCE, compte tenu de son insuffisance en la matière et de la grande flexibilité laissée au mécanisme.

De la même façon, on pourrait imaginer qu'une coopération renforcée procédant du mécanisme général rencontre le même type de besoin, de sorte qu'une action similaire en marge des traités s'avère nécessaire.

La BCE a également conclu un accord avec les Banques centrales des États non participant à la monnaie unique ³³ permettant à ceux-ci de se connecter au « système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel » (TARGET), dont la nature juridique exacte prête à controverse, tout comme celle du

³¹ . Article 124 du TCE.

³² . Accord du 1er septembre 1998 fixant entre la BCE et les Banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'UEM, précité.

MTC 2 d'ailleurs. Dès lors que les banques centrales des États membres non participants sont autorisés à participer au *decision-shaping* relative au développement du système, cela rappelle, par analogie, certains accords d'association de l'Union avec... des États tiers.

Ceci étant, il n'a jamais été question, dans le domaine de l'UEM, d'accords « parallèles » entre la Communauté et les États membres non participant à la coopération renforcée « euro »³⁴, comme cela a été le cas s'agissant des coopérations renforcées *mutatis mutandis*. On se souviendra toutefois que certains règlements du Conseil adoptés en formation « réduite » des participants à la coopération renforcée « euro », et applicables à eux seuls, ont vu leur champ d'application étendu par le biais de règlements arrêtés sur base de l'article 308 (ancien 235) du TCE. Tel fut le cas en matière de protection contre le faux monnayage³⁵. Ne s'agit-il pas là en quelque sorte de règlements « parallèles » ?

VII. Nature juridique des coopérations renforcées et de leur acquis

A. « Cadre commun » versus autonomie des coopérations renforcées

Dans les remarques finales de la deuxième partie de cette étude relatives à l'UEM, on a mis en évidence le cadre commun à l'ensemble des États membres qui « encadre » la coopération renforcée « euro ». Ce cadre a été établi de façon consensuelle dans le traité, dans les statuts du SEBC, dans la législation complémentaire des statuts. Tel n'est pas moins le cas s'agissant des coopérations renforcées « Schengen » ou *mutatis mutandis*, de la coopération structurée permanente, de la coopération renforcée issue du protocole social, ou même du mécanisme général de la coopération renforcée agréé par tous les États membres³⁶.

³³ . Mais aussi celles des États participants (accord mixte)

³⁴ . A l'exception peut-être de l'accord de la BCE établissant le MTC 2, pour autant que l'on considère que la BCE ait agi sur base d'une compétence propre.

³⁵ . V. les règlements 1338/2001 et 1339/2001 du 28 juin 2001, précités, ainsi que les décisions 2001/923 et 2001/924 du 17 décembre 2001, précitées.

³⁶ . Contra, J.M. de Areilza, qui voit dans la coopération renforcée un mécanisme fondamentalement différent du régime de différenciation dans l'UEM qui préserverait davantage le cadre commun « The Reform of Enhanced Co-operation Rules : Towards Less Flexibility ? », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 32.

En sus, mises à part la coopération renforcée « Schengen intégré » et la coopération renforcée en matière sociale, qui ont été d'emblée préétablies par le traité, et les coopérations renforcées « développement de Schengen » et *mutatis mutandis* qui se déclenchent automatiquement, les autres coopérations renforcées sont pareillement encadrées par des actes de portée quasi-constitutionnelle : ceux qui la déclenchent et désignent la formation de départ, et ceux afférant à la participation ultérieure. Ces derniers sont cependant toujours adoptés par le Conseil dans sa formation « réduite » aux participants de la coopération renforcée, sauf pour la coopération renforcée « euro » (formation pleine, avec un bémol dans la Constitution européenne) dont le cadre commun est, de ce point de vue, plus marqué.

C'est donc par rapport à un cadre commun que s'inscrit l'action des diverses coopérations renforcées, lesquelles reposent sur des principes semblables, notamment l'exclusion plus ou moins prononcée des non participants du processus de décision des coopérations renforcées en question.

Toutefois, ce qui renforce davantage le cadre commun de l'UEM réside dans le fait que la création de la coopération renforcée « euro » soit programmée, et que son objet soit prédéterminé. *Idem* pour la coopération structurée permanente et la coopération renforcée « Schengen intégré » qui est même directement préétablie dans le traité. Au contraire, le mécanisme de la coopération renforcée est général et abstrait, sans qu'une mise en œuvre effective ne soit programmée, ni qu'un domaine ne soit spécialement désigné.

Il en résulte en effet que l'objet prédéterminé de la coopération renforcée « Schengen intégré » ou « euro » préfigure une action commune éventuelle future dans ces domaines, et elle se définit au regard d'une action commune existant déjà dans le domaine de l'UEM et de l'espace de liberté, sécurité et justice. *Idem* pour la coopération structurée permanente dans le domaine de la défense. Au contraire, l'indétermination relative laissée par le mécanisme général de la coopération renforcée quant à ses futurs objets ne permet pas de se référer à une action commune correspondante. Ceci explique d'ailleurs la longue liste des conditions générales et abstraites qui l'encadrent et qui sont souvent destinées à garantir les droits et les

intérêts des non participants, à commencer par la condition du dernier ressort, le principe d'ouverture, ou encore la clause de non discrimination. Au fond, de ce point de vue, le renforcement du cadre commun procédural établi par le mécanisme général semble compenser l'absence d'une action commune prédéfinie.

Ceci étant, il ne suffit pas d'évaluer le niveau d'autonomie ou de rattachement à un cadre institutionnel ou matériel commun pour juger de la nature des coopérations renforcées, il convient également d'examiner le statut des actes qu'elles adoptent.

B. Nature de « l'acquis » des coopérations renforcées

En posant le principe que les actes adoptés au sein d'une coopération renforcée « *ne font pas partie de l'acquis de l'Union* », le traité de Nice a pris le risque de générer des débats sans fin sur la nature juridique d'une coopération renforcée et de son acquis. Des débats qui pourraient rappeler les controverses anciennes quant à la nature communautaire ou non de l'Accord social annexé au protocole social du traité de Maastricht, et des actes qui en découlent ³⁷.

Nous avons soutenu à cet égard que l'intention fut sans doute, non de remettre en cause la nature « communautaire » du droit créé par une coopération renforcée, mais de ne pas imposer cet acquis aux futurs États adhérant à l'Union ³⁸. C'est d'ailleurs dans ce sens que le traité constitutionnel a revu le texte. De la sorte, il est possible de considérer les actes d'une coopération renforcée comme des actes de droit communautaire, ou de l'Union, dont le champ d'application territorial — ou pour reprendre notre terminologie, « interétatique » — est formellement limité par le traité aux seuls participants. Dès la participation ultérieure d'un autre État membre ou d'un nouvel État adhérant à l'Union, tous les actes adoptés en coopération renforcée lui sont applicables, même s'il s'agit plutôt selon nous d'une obligation résultant de la participation que, comme le dispose le traité, une condition préalable à cette participation. Dans une telle optique, on peut espérer que la technique de différenciation « matérielle » de ce champ d'application, souvent utilisée dans le

³⁷ . Sur cette question, v. *supra*, Chapitre 10, section IV.

³⁸ . V. Chapitre 7.

contexte de l'UEM, ne sera pas reprise lors de la mise en oeuvre d'une coopération renforcée au sens du mécanisme général.

Il devrait en aller de même s'agissant de l'acquis de Schengen intégré dans l'Union via la coopération renforcée « préétablie », ainsi que des développements ultérieurs de cet acquis par l'entremise de coopérations renforcées au sens du mécanisme général. La Cour s'est d'ailleurs déjà prononcée à l'égard d'une règle de cet acquis ³⁹. Une différence notable toutefois : le protocole Schengen pose le principe que cet acquis et les actes qui le développent « *sont considérés comme un acquis qui doit être intégralement accepté par tous les États candidats à l'adhésion* », ce qui renforce leur nature communautaire (ou de l'Union). La raison de cette différence réside peut-être dans le nombre *a priori* réduit des non participants, deux ou trois, ainsi que dans la distinction entre participation formelle et effective. Cette distinction n'existe en effet pas dans le mécanisme général : la participation ultérieure éventuelle à une coopération renforcée en général est en principe immédiatement effective.

Un doute pourrait poindre concernant le titre IV du TCE et son développement ultérieur – par l'entremise de coopérations renforcées « Schengen » ou *mutatis mutandis* – dans la mesure où ils « *ne modifient en rien l'acquis communautaire et ne font pas partie du droit communautaire tels qu'ils s'appliquent au Royaume-Uni ou à l'Irlande* » ⁴⁰ ; ou encore « *au Danemark* »⁴¹. Selon nous, cette formule suggère plutôt, *a contrario*, qu'il s'agit d'acquis ou de droit communautaire à l'égard des autres et futurs États membres, et qu'en l'occurrence, il ne s'impose pas aux trois États en question, compte tenu du champ d'application « interétatique » formellement différencié.

Le statut des opérations conduites au sein de la coopération structurée permanente est un peu plus ambigu : sont elles des opérations de l'Union, conduites en son nom et pour son compte ? La réponse demeure incertaine. L'argument principal en faveur d'une réponse positive consiste en ce que c'est le Conseil en tant que tel qui gère une mission de *Petersberg*, prévue par la Constitution (et non les États membres en tant

³⁹ . Arrêt du 31 janvier 2006, *Commission v. Espagne*, C-503/03, points 32 à 37, *Rec I*-1097.

⁴⁰ . Article 2 du protocole « britannico-irlandais »

que tel réunis au sein du Conseil, comme l'envisageait un premier projet de la Convention européenne, dont le commentaire indiquait d'ailleurs que ces opérations n'auraient pas été considérées comme des opérations de l'Union). Un argument contraire serait que la coopération structurée est exclusivement habilitée, de façon permanente, à gérer les missions les plus exigeantes, et que les non participants seraient, si telle est l'interprétation retenue, exclus des délibérations du Conseil. Ces derniers, tout comme les nouveaux États membres, ne pourraient non plus être liés ni tenus responsables à l'égard des opérations de la coopération structurée. Enfin et surtout, même si c'est le Conseil et sa structure interne de travail qui est au centre de décision, il n'est pas exclu qu'il agisse au nom d'un groupe d'États, celui de la coopération structurée, de la même façon que le Conseil est parfois reconnu comme agissant au nom de tous les États membres en tant que tels, réunis au sein de l'Union, laquelle étant formellement dépourvue de la personnalité juridique.

Qu'en est il des actes adoptés dans le cadre de la coopération renforcée « euro » ? Lorsque ces actes s'imposent à tous, ou organisent des régimes distincts en fonction de la participation ou non à la monnaie unique, leur nature communautaire ne fait aucun doute ⁴². La question ne se pose dès lors que pour les actes qui, comme pour les autres coopérations, ne s'appliquent pas aux non participants.

Tel est le cas concernant les actes de la BCE (ou du SEBC), ce que prévoit indirectement le traité : ils ne s'appliquent en principe pas aux États non participants ni à leur banque centrale nationale respective. Ainsi, leur champ d'application « interétatique » est en quelque sorte formellement limité, sans pour cela remettre en cause leur nature « communautaire » (ou du moins, leur nature « SEBC »), à l'instar de ce que nous soutenons pour les coopérations renforcées en général. Dans cette perspective, la tendance à recourir à la différenciation matérielle de ce champ d'application, c'est-à-dire au sein même du contenu de l'acte, bien qu'elle s'avère redondante voire contradictoire, conforte en quelque sorte la nature communautaire de

⁴¹ . Article 2 du protocole « danois »

⁴² . Même s'il semble que dans quelques cas, les non participants sont exclus de la procédure de décision aboutissant à établir des régimes distincts.

ces actes : en effet, une telle technique de différenciation matérielle n'aurait en principe de sens que pour des actes qui, formellement, s'appliquent à tous ⁴³.

En revanche, le traité ne pose aucun principe concernant les actes du Conseil en matière d'UEM. Nous avons vu à cet égard que nonobstant le recours systématique à la technique de différenciation matérielle, une tendance se dessinait à vouloir *formaliser* la différenciation du champ d'application des actes par une référence à certains aménagements constitutionnels fixés par le traité : champ d'application restreint de la base juridique de compétence et/ou suspension du droit de vote.

Quoiqu'il en soit, la nature communautaire de ces actes ne peut, ici non plus, être remise en cause ⁴⁴, et ce, d'autant moins que le « cadre commun » à tous les États membres de l'UEM est davantage marqué (moins peut-être dans le cadre du SEBC) ⁴⁵ que pour une coopération renforcée en général (v. *supra*). La nature communautaire des actes du Conseil agissant au sein de la coopération renforcée « euro » ne peut non plus être remise en cause du fait que du point de vue du Royaume-uni, la notion de « Communauté » ne le « concerne pas » pour un certain nombre de dispositions ⁴⁶.

Le statut de l'acquis d'une coopération renforcée issue du mécanisme général n'est donc pas fondamentalement différent de celui de la coopération renforcée des États membres qui ont adopté l'euro. Il s'agit là d'un élément supplémentaire soulignant la ressemblance des deux régimes.

⁴³ . Par ailleurs, la référence « aux participants » dans ces actes permet l'application automatique aux nouveaux participants, ce qui pallie le manque d'une règle générale aussi à ce sujet, à l'instar de celle établie par le mécanisme général de la coopération renforcée.

⁴⁴ . Dans le même sens, v. Zilioli et Selmayr pour qui le droit issu de l'UEM constitue du « Community law for and in all Member States », Précité, *Euredia*, 1999/2, p. 224)

⁴⁵ . Zilioli et Selmayr ont défendu la thèse selon laquelle la BCE pourrait être considérée comme une sorte de quatrième communauté sectorielle autonome, relevant toutefois du « droit communautaire » (précité, *CMLRev. 2000*, en particulier pp. 621 à 624). Indépendamment de la justesse de cette thèse, l'on pourrait s'interroger sur le fait de savoir dans quelle mesure la différenciation constitutionnelle opérée au sein d'un « sous-système » tel que la BCE (ou le SEBC) tend à autonomiser davantage encore ce sous-système, ou à l'inverse, dans quelle mesure l'autonomie d'un tel sous-système facilite les aménagements constitutionnels liés à la différenciation. Dans cette perspective, s'il fallait envisager l'hypothèse que l'acquis de la coopération renforcée « euro » « ne fait pas partie de l'acquis de l'Union », à l'instar de celui des coopérations renforcées, il en irait peut-être davantage ainsi pour l'acquis du SEBC que celui établi dans le cadre communautaire au sens strict.

⁴⁶ . V. le point 8 du protocole « britannique ».

Certes, on pourra aussi relever qu'à l'instar des coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen, l'acquis de l'UEM s'imposerait de même aux nouveaux États adhérents, comme l'atteste le dernier grand élargissement de l'Union, ce qui renforcerait pareillement la nature communautaire de la coopération renforcée « euro ». La situation n'est cependant pas tout à fait la même. En effet, les nouveaux États membres adhérant directement à la coopération renforcée « Schengen », fût-ce seulement formellement; la participation effective est repoussée à plus tard et progressive, en fonction du respect de certaines conditions.

Par comparaison, les nouveaux États membres n'adhèrent pas directement, même formellement, à la coopération renforcée « euro ». Ils n'adhèrent qu'au cadre commun de l'UEM établi par le traité et il est vrai, à l'objectif de la monnaie unique ⁴⁷, de la même façon qu'ils adhèrent au mécanisme général de la coopération renforcée, (si ce n'est qu'aucune n'est programmée dans un domaine particulier). En outre, la participation formelle et la participation effective à la coopération renforcée « euro » sont concomitantes, comme dans le cadre du mécanisme général, et sont soumises au respect de critères de convergence (de la même façon que la Constitution permettrait de poser des conditions pour participer à une coopération renforcée issue du mécanisme général). Au moment de l'adhésion, les nouveaux États membres deviennent en effet des « États faisant l'objet d'une dérogation », pour autant qu'ils n'obtiennent pas un statut spécial comme celui du Royaume-uni, voire du Danemark. Dans les fait, nous l'avons vu, ce régime, en principe transitoire, dépend également de la bonne volonté des États, tout comme pour leur participation aux coopérations renforcées en général. Il en résulte dès lors que du point de vue du critère de l'adhésion des nouveaux États membres, la coopération renforcée « euro » est plus proche de la coopération renforcée au sens du mécanisme général que de la coopération « Schengen »

En résumé, la différenciation formelle du champ d'application (territorial ou « interétatique ») des actes d'une coopération renforcée quelle qu'elle soit, c'est à dire en vertu d'une règle posée par le traité plutôt qu'opérée de façon matérielle (par le contenu des actes eux-mêmes), n'affecte pas leur qualité de droit communautaire (ou

⁴⁷ . A l'exception du Royaume-Uni.

de l'Union), avec tout ce que cela pourrait comporter comme implications. On songe par exemple à la possibilité de soulever une question préjudicielle devant les juridictions des États non participant à une coopération renforcée à l'égard des actes adoptés par celle-ci. Un doute survient toutefois quant aux développements du titre IV à l'égard des non participants. On pourrait même voir un contre-exemple dans l'accord entre la Communauté et le Danemark, lequel aménage notamment de façon particulière la compétence de la Cour de justice.

A fortiori, cette différenciation formelle ne remet pas en cause leur qualité d'acquis communautaire qui est une notion plus large encore que le droit communautaire. Dans tous les cas, cet acquis « s'impose » aux nouveaux États adhérents dans la même mesure qu'aux autres États membres non participant à la coopération renforcée.

S'il fallait établir une gradation, au vu de l'analyse qui précède, les coopérations renforcées relatives à l'acquis de Schengen seraient les plus « communautaires »⁴⁸, viendrait ensuite la coopération renforcée « euro », puis les coopérations renforcées issues du mécanisme général, les coopérations renforcées *mutatis mutandis* relatives au titre IV du TCE, et enfin la coopération structurée permanente dont le statut reste incertain, et qui de toute façon, relèverait au mieux non de la Communauté, mais de l'Union.

VIII. Relativisation de la distinction entre les coopérations renforcées « potentielles » issues du mécanisme général et les coopérations renforcées « prédéterminées » : synthèse

A. Relativité de la distinction entre le mécanisme général de la coopération renforcée et les coopérations renforcées prédéterminées

La première raison de relativiser la distinction entre les deux catégories réside sans doute dans le fait que ce qui les rapproche, à savoir être une coopération renforcée, est au moins aussi significatif que ce qui les distingue. En effet, dans tous les cas, les aménagements institutionnels, sont pareillement « prédéterminés » dans les traités, à

savoir pour l'essentiel la formation « réduite » du Conseil et l'adaptation de la définition du vote à majorité qualifiée. Nous avons évoqué à cet égard les tentatives de convergence opérées par le traité constitutionnel. A certains égards, le caractère potentiel des coopérations renforcées a même nécessité de « prédéterminer » davantage de conditions et modalités de fonctionnement du mécanisme général. D'une façon plus générale, nous avons essayé de montrer que la nature de toutes ces coopérations renforcées et de leur acquis était fondamentalement la même.

De même, pour pratiquement toutes les coopérations renforcées, il est prévu une procédure permettant aux autres États membres d'y prendre part ultérieurement. Toutes ces procédures ne diffèrent que sur certains aspects plus secondaires, tandis que le traité constitutionnel a tenté, à cet endroit aussi, d'introduire une dose de convergence, nous l'avons vu.

Ensuite, certaines coopérations renforcées « prédéterminées » ne sont pas entièrement établies directement par le traité. Ainsi, c'est également une décision du Conseil qui devait marquer le début de la troisième phase de l'Union économique et monétaire, et donc la formation de la coopération renforcée « euro ». Et c'est encore une décision du Conseil qui aurait dû « établir » la coopération structurée permanente, après l'entrée en vigueur de la Constitution européenne. Il est vrai que ces deux dernières étaient toutefois davantage programmées que les coopérations renforcées potentiellement issues du mécanisme général.

Quant au principe d'ouverture qui caractérise le mécanisme général, le traité constitutionnel lui a donné une nouvelle dimension en prévoyant que des conditions de participation puissent être arrêtées au moment de l'autorisation initiale. Toutefois, contrairement aux coopérations renforcées « prédéterminées », ces conditions ne sont pas fixées par le traité (ou dans des déclarations, s'agissant de la participation effective à l'acquis de Schengen).

B. Relativité de la catégorie des coopérations renforcées prédéterminées

⁴⁸ . Mis à part le fait que la procédure de participation ultérieure est confiée au Conseil dans sa

De même que la frontière entre les coopérations renforcées « potentielles » issues du mécanisme général et celles « prédéterminées » n'est pas stricte, ces dernières ne sont pas toutes prédéterminées de la même façon.

S'agissant de leur mode de formation, nous venons d'énoncer que certaines coopérations renforcées prédéterminées, nonobstant leur programmation plus moins marquée, sont finalement établies ou déclenchées par une décision ultérieure du Conseil. D'autres au contraire, comme les coopérations renforcées développant l'acquis de Schengen ou le titre IV du TCE, ou encore en matière de coopération pénale ⁴⁹, sont déclenchées de façon automatique après qu'un blocage ait été constaté. D'autres encore sont créées directement par le traité, comme celle résultant du protocole social de Maastricht, tandis que la coopération renforcée relative à l'acquis de Schengen n'est pas seulement créée, elle est préétablie puisqu'elle consiste précisément en un acquis préexistant et à son développement.

C'est également l'objet de ces coopérations renforcées qui est en quelque sorte « prédéterminé » dès lors qu'elles couvrent une ensemble plus ou moins cohérent d'une politique dont l'objet est cerné de façon plus ou moins précise par le traité. Il s'agit, selon les cas, de la matière sociale définie par l'accord des Quatorze, la politique monétaire et de change, l'acquis de Schengen, le titre IV du TCE, ou encore les missions de Petersberg les plus exigeantes. Cet objet correspond, *grosso modo*, à une différenciation effective dans la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Par comparaison, l'objet d'une coopération renforcée au sens du mécanisme réside potentiellement dans tous les domaines des traités, tandis que la différenciation ne se réalise qu'au moment de l'activation des bases juridiques choisies.

Pourtant, comme nous l'avons vu, un cas n'est pas exactement l'autre. Dans certains cas comme la coopération renforcée « euro », la différenciation s'étend également à l'application plus ou moins immédiate d'un certain nombre de règles matérielles inscrites au niveau des traités (et pas seulement de bases juridiques de compétence).

formation « réduite ».

On a également constaté que l'objet de la coopération renforcée « euro » était sans doute le moins clair, d'un part de par sa dualité 'cadre communautaire / cadre du SEBC', et d'autre part de par l'absence de systématisation entre la différenciation des bases juridiques, la formation « réduite » du Conseil, et le champ d'application des actes qui en dérivent. Quant à l'objet de la coopération renforcée « acquis de Schengen intégré », il est à la fois vaste, préétabli et en quelque sorte figé. Car c'est au sein de coopérations renforcées (au sens du mécanisme général) que cet acquis sera développé, c'est-à-dire modifié ou complété, en fonction d'un blocage préalable, au coup par coup. La coopération renforcée « Schengen intégré » se caractérise dès lors par le fait que la différenciation a exclusivement trait à l'application plus ou moins immédiate d'un grand nombre de règles matérielles, l'acquis de Schengen, rattachées au niveau des traités.

Enfin, les États participant à ces coopérations renforcées « prédéterminées » sont soit désignés d'emblée, soit déterminables en fonction de critères objectifs ou de conditions objectives de participation qui attestent de la capacité ou de la volonté réelle d'y appartenir. Mais là aussi, les conditions de participation ne sont pas toujours prédéterminées de la même façon, tandis qu'aucune condition n'était fixée pour la coopération renforcée issue du protocole social de Maastricht ⁵⁰.

⁴⁹ . Sur les articles III – 270 et 251 de la Constitution, v. Chapitre 5, section I, B., 2.

⁵⁰ . Il est vrai qu'il n'est pas non plus prévu de procédure relative à la participation ultérieure.

CHAPITRE 28. — ESSAI SUR LA CATÉGORISATION DE L'INTÉGRATION DIFFÉRENCIÉE

*Vous savez, on ne définit très bien les choses
que par comparaison avec une autre chose.*

Georges Dumézil ⁵¹

I. Appréciation des tentatives antérieures de catégorisation

Le débat sur l'intégration différenciée, concept qui trouve son origine dans la littérature académique, a fait l'objet d'un foisonnement terminologique ; à commencer par la notion plus générique encore, de flexibilité, ou d'intégration flexible, qu'avait préférée le groupe de réflexion précédant la CIG conduisant au traité d'Amsterdam, sans doute pour son caractère plus neutre et vague. Ainsi que l'a mis en évidence Alexander Stubb ⁵², certains concepts mettent davantage l'accent sur une différenciation dans le temps, comme 'plusieurs vitesses', 'deux vitesses', 'intégration échelonnée', '*variable speed*', ou encore '*abgestufte Integration*'. D'autres soulignent davantage la différenciation dans l'espace, comme 'géométrie variable', 'cercles d'intégration', 'cercles concentriques', 'noyau dur' ⁵³, 'deux niveaux' ⁵⁴, 'plusieurs niveaux' ⁵⁵ ; tandis que d'autres encore font plutôt allusion à la singularité de certains États qui tiennent à conserver leur souveraineté sur certaines questions, comme 'intégration à la carte', '*opt-in*', '*opt-out*', etc.

La comparaison des coopérations renforcées nous donne l'occasion d'approfondir la question de la définition, ou de la catégorisation des techniques d'intégration différenciée, ou de la flexibilité. Ainsi que l'explique Filip Tuytschaever, qui a poussé très loin ce type d'analyse d'un point de vue strictement juridico-formel, l'objectif

⁵¹ . *Les grands entretiens de Bernard Pivot (Apostrophe)*, Georges Dumézil, Extrait de l'entretien du 18 juillet 1986, DVD Gallimard / INA 2004.

⁵² . Sur cette terminologie, v. Stubb, A., *Negotiating Flexibility in the European Union – Amsterdam, Nice and beyond*, Palgrave, 2002, p. 43.

⁵³ . '*Hard core*', '*Kerneuropa*'.

⁵⁴ . '*Two-tier*', ou '*Two-level*', ou encore '*two-track*', '*two-floor*'.

⁵⁵ . '*Multi-tier*' ou '*Multi-level*'.

d'un tel exercice est notamment « *to visualise in a more abstract and comprehensive way the different legal techniques of differentiation, including their differences and similarities* », ainsi que de remédier à la confusion terminologique ⁵⁶.

Avant de relater le résultat des travaux de F. Tuytschaever, on commencera par ceux menés par un des précurseurs de la question, à savoir Alexander Stubb ⁵⁷. Dans son ouvrage de 2002, il nous présente la synthèse de ses recherches ⁵⁸.

A. Stubb y distingue la catégorisation « théorique » de la flexibilité et la catégorisation « pratique ». La catégorisation « pratique » est celle que nous avons décrite dans l'introduction du présent Titre, et qui a servi à structurer les débats lors des Conférences intergouvernementales conduisant aux traités d'Amsterdam puis de Nice : 'clause d'habilitation', 'cas par cas', 'prédéfinie', auxquelles s'ajoute encore la 'flexibilité transitoire' (*transitional flexibility*). A ces quatre catégories pratiques, l'auteur associe trois catégories « théoriques » selon qu'elles soulignent la notion de temporalité (*time*), la notion d'espace (*space*), ou la matière (*matter*) ⁵⁹.

La première catégorie théorique serait celle de '*Multi-speed*' (*time*), pour les cas de flexibilité transitoire, dans laquelle on retrouve les périodes transitoires liées à l'élargissement, la transposition de certaines directives, ou encore les « dispositions appropriées » temporairement dérogatoires afin de tenir compte « *de l'ampleur de l'effort que certaines économies présentant des différences de développement devront supporter* » ⁶⁰. On y retrouve aussi l'Union économique et monétaire (du moins pour les États autres que le Royaume-Uni et le Danemark). La deuxième catégorie théorique serait celle de '*Variable geometry*' (*space*), associant le mécanisme de coopération renforcée (ou 'clause d'habilitation') mais aussi toutes les coopérations

⁵⁶ . F. Tuytschaever, précité, 1999, pp. 116 et s. Le troisième objectif allégué consiste à établir des liens entre les catégories de la différenciation et leurs incidences sur la dynamique d'intégration (v. le dernier chapitre de l'ouvrage précité de l'auteur).

⁵⁷ . A. Stubb, « A Categorisation of Differentiated Integration », *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 283. A. Stubb, *The Semantic indigestion of differentiated integration : the political rethoric of the pre-1996 IGC Debate*, Master Thesis, College of Europe, 1994-1995.

⁵⁸ . A. Stubb, précité, 2002, pp. 30 à 33, et 42 à 57.

⁵⁹ . *Comp.* L. Metcalfe, « Flexible Integration In and After the Amsterdam Treaty », in M. Den Boer, A. Guggenbuhl, S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, 1999.

⁶⁰ . Article 15 du TCE.

intergouvernementales menées par un groupe d'États membres en dehors du cadre de l'Union (comme les accords de Schengen ou l'UEO). La troisième catégorie théorique serait celle 'à la carte' (*matter*), associant non seulement la flexibilité au 'cas par cas' (technique d'abstention constructive, v. *infra*), mais aussi tous les cas de flexibilité 'prédéfinie', à savoir notamment tous les protocoles accordant un régime distinct ou d'exemption à deux ou trois États membres : le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark.

Nous ne pensons pas, malgré le soutien qu'elle a reçu ⁶¹, que cette catégorisation « théorique » apporte grand-chose de plus à la compréhension du phénomène en se superposant à la catégorisation dite « pratique », si ce n'est de proposer une convention terminologique. La catégorisation « pratique » nous paraît plus intéressante comme base de travail, comme nous l'avons déjà souligné ci-dessus ⁶². En outre, la critique de cette catégorisation théorique a été faite ailleurs par F. Tuytschaever qui explique justement que les trois variables espace, temps et matière sont toujours toutes présentes, quelle que soit la technique de flexibilité. Il suggère plutôt que la paramètre de l'espace sert mieux la distinction entre la différenciation interétatique et la différenciation intra-étatique (ou « *territoriale* » selon notre terminologie, v. ci-dessous), tandis que les paramètres de la matière et du temps servent mieux la distinction entre le caractère temporaire ou permanent des techniques de différenciation ; ou plus exactement la distinction entre celles qui *doivent être temporaires*, et celles qui *peuvent ne pas l'être*, compte tenu de la zone grise qui existe à cet endroit. Par exemple, le mécanisme de la coopération renforcée ne crée pas nécessairement une différenciation permanente, mais elle peut ne pas être transitoire ⁶³.

On retiendra toutefois, dans la catégorisation d'A. Stubb, cette association intéressante de l'abstention constructive ('cas par cas') avec les exemptions accordées ('prédéfinies') lors des CIG : dans les deux cas, il s'agit de contourner l'écueil de

⁶¹ . C.D. Ehlermann, « Différenciation, flexibilité, coopération renforcée : les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam », *RMUE*, 3/1997, p. 53.

⁶² . D'ailleurs, l'auteur lui-même en revient à la catégorisation « pratique » lorsqu'il analyse les différentes formes d'intégration différenciée, précité, 2002, pp.123 à 143.

⁶³ . F. Tuytschaever, précité, 1999, pp. 117 à 120 : l'auteur explique notamment que la distinction serait déjà plus juste entre « temporaire » et « non temporaire ».

l'unanimité, soit dans le processus législatif, soit dans le processus de révision des traités. Nous verrons cependant que le mécanisme de la coopération renforcée a aussi été conçu dans la perspective de « flexibiliser » le processus de décision législatif, ce qui rend ce mécanisme comparable aux techniques visant à contourner l'écueil de l'unanimité ⁶⁴. De ce point de vue, ces techniques liées à l'efficacité décisionnelle sont, selon nous, plus proches du mécanisme général de la coopération renforcée, que des formes de flexibilité prédéterminées.

Surtout, la comparaison des diverses coopérations renforcées tend à attester que la catégorie de la « *flexibilité* » prédéterminée recèle en fait des « *coopérations renforcées* » prédéterminées qui sont comparables avec les coopérations renforcées potentielles résultant du mécanisme général. Le fait qu'en général, seuls un à trois États membres ne participent pas aux coopérations renforcées prédéterminées (ce qui n'est d'ailleurs plus le cas pour la coopération renforcée « euro ») a certes une signification politique qui permettrait de parler d'« arrière-garde », plutôt que d'avant-garde comme pour les coopérations renforcées potentielles (ou les coopérations intergouvernementales hors Union). Mais d'un point de vue institutionnel, l'incidence est la même. Car c'est bien la différenciation constitutionnelle qui caractérise toutes les coopérations renforcées et qui justifie leur comparaison.

Pour F. Tuytschaever, outre les paramètres afférant à la notion de temporalité ou d'espace, évoqués ci-dessus, les paramètres juridico-formels principaux de la catégorisation de la différenciation, sont les suivants ⁶⁵.

La différenciation peut être *effective* ('actual') ou *potentielle* ('potential'), selon que son existence résulte directement de l'entrée en vigueur du droit primaire (voire de l'acte de droit dérivé qui organise le régime de différenciation), ou qu'elle nécessite au contraire, pour devenir effective, une action supplémentaire de l'Union, d'un État membre ou d'un groupe d'États membres. La différenciation peut être générale

⁶⁴ . V. les sections II et IV, A. du Chapitre 29.

⁶⁵ . V. aussi F. Tuytschaever (« EMU and the Catch 22 of EU Constitution-making » in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing,

(‘general’) ou spécifique (‘specific’) selon qu’elle résulte d’un mécanisme dont tous les États membres profitent, ou peuvent profiter, ou seulement certains d’entre eux préalablement désignés (au niveau du droit primaire ou dérivé). La catégorisation des techniques d’intégration différenciée résulte alors principalement du croisement de ces paramètres.

Ainsi, la différenciation *effective* est pratiquement toujours *spécifique* ⁶⁶, comme par exemple les exemptions particulières dont bénéficient directement le Danemark, le Royaume-Uni et l’Irlande, aux termes des quatre protocoles que nous avons examinés, dans le cadre de l’espace de liberté, sécurité et justice, ou encore les longues périodes transitoires au profit de certains États membres relevant des traités d’adhésion ou du droit dérivé. La différenciation *potentielle* peut être *générale* : par exemple, les clauses de sauvegarde, l’abstention constructive, le mécanisme de la coopération renforcée profitent potentiellement à tous, voire la clause d’habilitation dans le cadre de l’UEM (par rapport aux futurs États faisant l’objet d’une dérogation). Mais la différenciation *potentielle* peut aussi être *spécifique*, comme les clauses d’*opt in /out* accordées au Royaume-Uni, à l’Irlande ou au Danemark, que ce soit dans l’UEM ou dans le cadre du développement ultérieur de l’acquis de Schengen ou du titre IV du TCE. L’autorisation reconnue aux pays du Benelux de poursuivre leur coopération relèverait également de cette catégorie ⁶⁷.

Il en résulte que la différenciation *générale* est toujours *potentielle*. Ce qui limite en fait les combinaisons à trois combinaisons possibles : différenciation effective et spécifique (propre à des États prédéterminés), différenciation potentielle et générale, et différenciation potentielle et spécifique.

Grosso modo, la différenciation *effective* et *spécifique* inclut ce que nous avons appelé les coopérations renforcées prédéterminées, sauf en ce qui concerne la coopération renforcée « euro ». Selon nous, le caractère programmé de cette dernière et la définition de son objet nous ont toutefois conduit à la placer dans la catégorie des

2000, pp. 176 et s.) où l’auteur relate les diverses catégories dont relèvent les différentes techniques de différenciation au sein de l’UEM («*E(M)U differentiation in a nutshell* »).

⁶⁶ . Mise à part la composition des institutions qui concerne tous les États membres, mais d’une certaine façon de façon différenciée, notamment en fonction de la population des États membres.

coopérations renforcées prédéterminées. Cette différence d'appréciation nous rappelle l'idée du *continuum* entre les diverses coopérations renforcées. La différenciation *potentielle* et *générale* comprend, outre la monnaie unique, le mécanisme général de la coopération renforcée, et aussi, effectivement, nous y reviendrons, la technique d'abstention constructive. Dans ces cas ⁶⁸, la différenciation potentielle devient effective suite à l'action d'un groupe d'États agissant de façon collective, au contraire d'autres cas où elle devient effective suite à l'action individuelle d'un État membre, (comme l'activation d'une clause de sauvegarde).

L'intérêt conceptuel de cette catégorisation est indéniable, nonobstant son caractère quelque peu abstrait. Sa faiblesse se situe sans doute dans son 'statisme'. Il s'agit d'une photo plutôt que d'un film. En particulier, la prise en compte dans ces catégories, non seulement du droit primaire mais aussi du droit dérivé, peut donner lieu à certains doublons dans la catégorisation. Il en va notamment ainsi lorsqu'un mécanisme potentiel établi dans le droit primaire devient un régime effectif au niveau du droit dérivé. Par exemple, un certain nombre de clauses de sauvegarde sont prévues par le traité, potentiellement au bénéfice de tous les États membres, mais la différenciation ne sera effective qu'au moment où l'État membre l'active *in casu*, en général sous le contrôle, voire après l'approbation des institutions. *Idem* pour les clauses permettant aux États membres d'adopter des mesures renforcées en matière de protection sociale, de l'environnement ou autre ⁶⁹. Par ailleurs, la catégorie de la différenciation *potentielle* et *spécifique*, comme les clauses d'*opt-out* ou d'*opt-in* correspondent, dans notre comparaison, au stade de la formation ou de participation ultérieure à certaines coopérations renforcées prédéterminées.

L'avantage de notre comparaison des coopérations renforcées consiste dès lors, croyons nous, à relater la dynamique d'une technique de différenciation, en l'occurrence celle des coopérations renforcées au sens large : de leur création à la participation ultérieure d'autres États membres en passant par leur mise en œuvre.

⁶⁷ . Article 233 du TCE.

⁶⁸ . Avec des nuances s'agissant de l'abstention constructive.

⁶⁹ . Article 95, § 5 du TCE.

F. Tuytschaever envisage encore un troisième paramètre, en distinguant la différenciation *positive* et *négative* ⁷⁰, ce qui correspond *grosso modo* à la distinction qu'A. Stubb a opérée entre la différenciation '*Variable geometry*' et '*à la carte*'.

La différenciation positive serait la technique qui permettrait à un groupe d'États membres d'adopter entre eux des règles qui ne s'appliquent qu'à eux. La différenciation négative serait celle qui, effectivement ou potentiellement, 'exclut' un ou plusieurs États membres d'une règle commune adoptée par tous les États membres. En outre, la différenciation positive serait celle qui en général imposerait des conditions et exigences aux participants, tandis que la différenciation négative les imposerait davantage aux non participants. Le meilleur exemple donné de différenciation positive est la 'clause d'habilitation', autrement dit le mécanisme de la coopération renforcée, (différenciation potentielle et générale) ⁷¹. Quant à la différenciation négative, il s'agit des dérogations et exemptions (qui en principe sont effectives et spécifiques), ainsi que des clauses de sauvegarde, des clauses *d'opt-in* ou *opt-out* (qui sont potentielles, générales ou spécifiques). Le mécanisme (potentiel et général) d'abstention constructive serait également une technique d'intégration négative, à l'instar d'A. Stubb qui en faisait une technique '*à la carte*'.

Ce dernier caractérise d'ailleurs la flexibilité '*à la carte*' comme celle qui affaiblit l'acquis communautaire et les objectifs de l'Union, et qui a donc une connotation « négative » par rapport au processus d'intégration. On pourrait pourtant soutenir que la différenciation est toujours (du moins potentiellement) profitable au processus d'intégration, fût-ce indirectement et sous réserve de certaines limites qui ne sont pas liées au type de technique de différenciation. On pourrait estimer qu'elle permet toujours à certains d'aller de l'avant (ou inversement que toute forme de différenciation revient en fait à accorder des exemptions ou dérogations).

⁷⁰ . *Comp.* C. D. EHLERMANN, « How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of 'Two Speeds' », 82 *Michigan Law Review*, 1984, p. 1283.

⁷¹ . L'auteur mentionne également les articles J. 4. 5 et ancien K.7 du TUE autorisant les coopérations intergouvernementales entre certains États membres en dehors de l'Union (à l'instar d'A. Stubb), ainsi que le projet d'article 235 bis pour l'Acte unique, ou encore l'article 46 du projet Herman (sur ces deux dispositions, v. *infra*).

Mais revenons à la distinction formelle de F. Tuytschaever qui ne nous convainc pas non plus tout à fait. Les exemples qu'il expose s'agissant du protocole sur la politique sociale et du protocole Schengen sont révélateurs de la faiblesse de cette distinction⁷². Bien que ces protocoles prennent la forme d'une 'clause d'habilitation', et donc de différenciation positive, l'auteur estime que dans ces cas, il convient de considérer ces protocoles comme conférant des exemptions 'négatives'. Et ce, essentiellement pour la raison que les États bénéficiaires de ces exemptions seraient d'emblée déterminés. A ce compte, la coopération renforcée « euro » serait aussi en partie négative, par rapport au Royaume-Uni et au Danemark, et en partie positive concernant la clause d'habilitation pour les futurs États membres « ne faisant pas l'objet d'une dérogation ». Certes l'habillage « positif » des régimes particuliers relatifs aux deux protocoles en question s'explique pour des raisons politiques. Mais c'est bien la preuve selon nous qu'un même régime de différenciation peut être présenté de façon différente, plus ou moins positive ou négative, ce qui relativise la distinction.

Selon l'auteur, la technique d'abstention constructive relèverait aussi de la différenciation négative, alors que dans ce cas, les États susceptibles d'exercer leur *opt-out* ne sont même pas prédéterminés⁷³. Nous verrons à ce sujet que cette technique de différenciation potentielle et générale est comparable en de nombreux points au mécanisme de la coopération renforcée, qui relève de la différenciation positive⁷⁴.

Ce qui se rapproche le plus, selon nous, du paramètre de la différenciation 'positive', ce sont les coopérations renforcées regroupant un certain nombre d'États membres qui adoptent en leur sein des actes qui ne s'appliquent qu'à eux. En d'autres mots, il s'agit de voir si la différenciation donne lieu à des adaptations institutionnelles, en particulier dans le chef du Conseil (formation « réduite »). Autrement dit, différenciation positive, différenciation constitutionnelle, et coopérations renforcées pourraient être selon nous des concepts équivalents.

⁷² . F. Tuytschaever, précité, 1999, p. 127.

⁷³ . F. Tuytschaever, précité, 1999, p. 123.

⁷⁴ . V. *infra*, section III.

D'un point de vue terminologique, F. Tuytschaever reprend à son compte les trois concepts privilégiés par A. Stubb, à savoir '*Multi-speed*', '*à la carte*' et '*variable geometry*'⁷⁵, mais avec des contenus très différents. Pour chaque concept, un lien est établi avec les variantes de la catégorisation formelle évoquée ci-dessus (un peu comme Stubb entre la catégorisation pratique et théorique), sans toutefois que ce lien en soi définisse les concepts en question⁷⁶.

Ainsi, la différenciation '*Multi-speed*' ne se référerait pas aux périodes transitoires ou autres dérogations à durée limitée, mais consisterait à étaler dans le temps la mise en œuvre d'objectifs communs, sans nécessairement fixer de date limite⁷⁷. Elle correspondrait à deux cas de figure. L'un trouve ses racines dans le rapport Tindemans de 1975 et culminerait avec le processus d'Union économique et monétaire établi par le traité de Maastricht : la différenciation se fonderait sur des différences socio-économiques objectives. C'est la notion de '*Abgestufte Integration*', '*Graduated integration*' développée par certains auteurs allemands tels que E. Grabitz, et B. Langeheine⁷⁸. Grabitz envisagea aussi une formule similaire d'intégration à plusieurs vitesses lorsque les différences sont davantage subjectives, d'ordre politique. Cette formule préfigure en quelque sorte le mécanisme de la coopération renforcée⁷⁹, lequel s'inscrit aussi dans le cadre des objectifs de l'Union, mais dont le caractère non temporaire est davantage prononcé⁸⁰. Quant à la différenciation '*à la carte*', cette catégorie serait encore plus large que celle définie par A. Stubb, en retenant comme critère principal, semble-t-il, le caractère non temporaire des techniques en question, ainsi que celui des raisons purement

⁷⁵ . En distinguant toutefois les cas où la différenciation touche à un acte ou à une politique, ou le système d'ensemble de l'Union.

⁷⁶ . V. F. Tuytschaever, précité, 1999, précité, p. 142, en ce qui concerne le concept de « multi-speed », p. 161 pour le concept '*à la carte*', p. 212 pour celui de '*variable geometry*'.

⁷⁷ . F. Tuytschaever, précité, 1999, pp. 138 à 150.

⁷⁸ . F. Tuytschaever, précité, 1999, p. 143.

⁷⁹ . L'idée de cette formule était qu'une décision unanime établisse des objectifs communs contraignant tous les États membres à terme, mais qui seraient mis en œuvre dans un premier temps par les seuls États membres le désirant. Seuls ceux-là prendraient part au processus législatif, pour adopter des « actions communes particulières » formant du « droit communautaire particulier ». L'extension de ce droit communautaire particulier à d'autres États membres serait automatique sur simple demande, tandis que ces États seraient amenés à réexaminer la question de leur participation, et le cas échéant à donner les raisons de leur non-participation (F. Tuytschaever, précité, 1999, p. 147).

⁸⁰ . D'une part, la participation ultérieure n'est pas automatique, et d'autre part, il n'y a pas d'incitant pour encourager les non participants à rejoindre la coopération renforcée.

subjectives qui la fondent ⁸¹. Pour cette raison, la différenciation ‘à la carte’ doit être établie ou autorisée dans le traité afin de ne pas aller à l’encontre du principe de non-discrimination tel qu’il est sanctionné par la Cour de justice. Cette catégorie engloberait dès lors non seulement tous les régimes particuliers accordés au Danemark, au Royaume-Uni et à l’Irlande et la technique d’abstention constructive, mais aussi le mécanisme de la coopération renforcée, nonobstant son caractère ‘positif’. Enfin, F. Tuytschaever associe la notion de ‘*géométrie variable*’ essentiellement à la politique de Recherche et Développement Technologique, mais propose d’autres politiques qui pourraient faire l’objet de cette approche (comme l’éducation ou la formation professionnelle) ⁸². L’idée est que l’ensemble des États membres s’accordent sur des objectifs et un financement communs de projets de recherche dont les résultats profitent à tous, mais à la mise en œuvre desquels seuls un certain nombre d’États membres, voire des États non membres collaborent. En particulier, les programmes complémentaires adoptés par un groupe d’États membres dans le cadre d’un programme-cadre préfigurent, selon l’auteur, le mécanisme de la coopération renforcée.

II. De la différenciation aux coopérations renforcées : définition et catégorisation

Avant d’exposer notre propre tentative de définition et catégorisation de l’intégration différenciée, nous voudrions faire un bref aperçu de l’évolution de ces techniques. On introduira le propos en revenant sur une distinction juridico-formelle que nous avons proposée dans le passé, entre la différenciation au sens large et la différenciation en sens strict ⁸³.

Au sens le plus large, la notion de « différenciation » pourrait renvoyer aux situations où les États membres de l’Union européenne, ou leurs citoyens, ne seraient pas soumis à un régime juridique uniforme, alors que l’on se situerait pourtant dans le champ d’application matériel des traités sur lesquels est fondée l’Union. Comprise en ce sens,

⁸¹ . F. Tuytschaever, précité, 1999, pp. 157 à 170.

⁸² . F. Tuytschaever, précité, 1999, pp. 183 à 217.

⁸³ . H. Bribosia, « De la subsidiarité à la coopération renforcée », 1998, p. 50. Les lignes qui suivent constituent une version légèrement révisée de H. Bribosia, précité, *CDE*, 2000, p. 60).

la différenciation est inhérente à la construction européenne, ne fût-ce que dans la mesure où les États membres peuvent continuer d'exercer — individuellement ou collectivement dans un cadre extérieur à l'Union — leurs compétences concurrentes de façon compatible avec le droit de l'Union. Il en va de même lorsque les États membres transposent des directives. D'ailleurs, originellement, les directives ont été conçues comme des instruments qui ne s'adressent pas nécessairement à tous les États membres ⁸⁴. D'une manière plus générale, une certaine latitude est laissée aux États membres dans la mise en oeuvre du droit communautaire. Une telle différenciation repose sur les principes fondamentaux du système de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Cette notion correspond d'ailleurs mieux, selon nous, au concept de « flexibilité », préférant celui de « différenciation » pour la différenciation dans un sens strict.

La différenciation au sens strict vise les cas où des dispositions spécifiques du droit de l'Union, primaire ou dérivé, imposent ou permettent expressément que les États membres ne soient pas tous soumis à un régime juridique identique ⁸⁵. On peut encore y distinguer la différenciation *territoriale* (ou intra-étatique, dans la terminologie de F. Tuytschaever) de la différenciation *interétatique*. La différenciation *territoriale* résulte de régimes propres, fondés sur des critères en principe objectifs, qui s'appliquent à certaines entités géographiques, non étatiques, du « territoire » de l'Union ⁸⁶. Le caractère permanent d'une telle différenciation est relativement prononcé. Dans le même ordre d'idée, la politique de cohésion de l'Union vise à favoriser le développement de certaines régions qui connaissent des difficultés objectives ⁸⁷.

⁸⁴. V l'article 249 du TCE (ex article 189) : « La directive lie tout État membre destinataire... ».

⁸⁵. *Comp.* F. Tuytschaever, précité, 1999, p. 2, qui se réfère à la différenciation *stricto sensu* pour les « instances where EU primary or secondary law distinguishes between its addressees; that is where some member States (...) are excluded from the scope of application of primary or secondary law or where rights and obligations imposed by primary or secondary law on some member states (...) are different from those imposed on others ». Elle diffère de la différenciation *sensu lato* en ce qu'elle « does not focus on those instances where EU primary or secondary law leaves all Member States (...) an identical margin of discretion, but on those where such margin is available to only some Member States (...) » *ibidem*, p. 3.

⁸⁶. V. par exemple l'article 299 du TCE (ex article 227), ainsi que la contribution d'O. Lohest, "Le champ d'application territorial des traités de Rome, de Maastricht et d'Amsterdam", in Y. Lejeune, *Le traité d'Amsterdam — Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

⁸⁷. Articles 158 à 162 du TCE (ex articles 130A à 130 E).

La différenciation *interétatique* découle quant à elle de régimes spécifiques ou d'exemptions — en principe non permanents — visant *les États membres en tant que parties contractantes aux traités* ⁸⁸. Traditionnellement, tous les États membres en sont des bénéficiaires potentiels, par exemple lorsqu'ils peuvent invoquer des clauses de sauvegarde ⁸⁹, ou encore lorsqu'ils peuvent maintenir ou établir des mesures de protection renforcée conformément au droit communautaire ⁹⁰. La frontière entre ces deux cas de figure n'est d'ailleurs pas toujours très nette ⁹¹. Ces deux exemples ne sont pas loin non plus de relever de la différenciation au sens large dès lors que tous les États jouissent d'une telle marge de manœuvre, si ce n'est qu'en procédant de la sorte, ils s'écartent d'une règle commune préexistante. Il se peut également que les États membres bénéficiant d'un régime différencié soient expressément désignés, par exemple lorsqu'il s'agit de périodes d'adaptation concédées aux États accédant à l'Union.

Comme l'a bien montré F. Tuytschaever, les cas de différenciation interétatique, ceux qui nous intéressent dorénavant, ne sont pas issus du seul droit primaire, mais également du droit dérivé. L'article 95 du TCE ⁹² par exemple, autorise expressément que des actes communautaires incorporent des clauses de sauvegarde. L'article 15 du

⁸⁸ . A la réflexion toutefois, l'on pourrait se demander si la « différenciation territoriale » ne peut être assimilée à un cas particulier de différenciation interétatique dans la mesure où les entités géographiques relèvent toujours d'un État membre. Par exemple, ne peut-on affirmer que les programmes POSEICON et POSEIMA, lesquels s'adressent aux îles Canaries, à Madère et aux Açores, donnent finalement lieu à un régime différencié en faveur de l'Espagne et du Portugal. La politique des fonds structurels ne peut-elle, elle aussi, être envisagée comme profitant à un certain nombre d'États membres ? Les articles 82 et 92 ne visent-ils pas autant l'ex-Allemagne de l'Est que la RFA en tant que partie contractante aux traités européens ? La question est sans doute plus difficile qu'elle n'en a l'air car elle soulève celle de l'identité des destinataires des règles communautaires. L'on sait qu'en droit communautaire, les sujets de droit, selon une jurisprudence bien établie de la Cour de justice, ne se limitent pas aux États membres, mais s'étendent aussi aux personnes physiques ou morales. L'on peut vraisemblablement en déduire que les régions ou autres collectivités territoriales des États membres pourraient, elles aussi, être sujet de droits et obligations dans l'ordre juridique communautaire pour peu qu'elles possèdent la personnalité juridique dans leur ordre interne. Dans une telle perspective, la notion de différenciation interétatique se distinguerait alors bien de la différenciation territoriale (tout comme de la différenciation – discrimination – sur base de la nationalité).

⁸⁹ . V. les articles 30, 39, 46, 55, 134 du TCE (ex articles 36, 48, § 3, 56, 66, 115) et l'article 14 du TUE (ex article J.3.7) en sont les exemples les plus connus. V. aussi l'ancien article 226 (applicable pendant la période de transition) qui a été abrogé par le traité d'Amsterdam.

⁹⁰ . Pour ne citer que les dispositions les plus connues du TCE, v. les articles 138, 153, 176 du TCE (ex articles 118A, 129A, 130T).

⁹¹ . V. par exemple l'article 95, §§ 4 à 6, du TCE (ex article 100 A, § 4).

⁹² . Ancien article 100 A, § 5.

TCE ⁹³ est particulièrement remarquable car il permet expressément à la Commission de tenir compte des différences de développement entre les économies et de proposer des « dispositions appropriées ». Il ne faut pourtant pas en conclure que tous les régimes différenciés inscrits dans le droit dérivé doivent se fonder dans une habilitation expresse en ce sens conférée par le traité ⁹⁴. Nous avons en effet observé de nombreux cas, surtout dans le cas de l'Union économique et monétaire, de ce que nous avons qualifié de « *différenciation matérielle* » (par opposition à « *différenciation formelle* », c'est-à-dire qui figure dans le contenu de l'acte, sans qu'elle ne se fonde spécifiquement sur le traité ⁹⁵. Autant de cas qui théoriquement pourraient faire l'objet d'un contrôle par la Cour de justice au regard des principes de non-discrimination et de proportionnalité.

A la lumière de ces précédents, on a pu qualifier de « révolutionnaire » les exemptions accordées par le traité de Maastricht au Royaume-Uni et au Danemark ⁹⁶ concernant la monnaie unique ou la politique sociale ⁹⁷. Ce n'était pourtant pas la première fois que des États jouissent de régimes propres coulés dans les traités, en sus sans être limités dans le temps ⁹⁸. En revanche, ces exemptions ne sont nullement fondées sur des différences objectives : elles sont davantage le reflet de désaccords politiques quant au modèle social, économique et monétaire pour l'Union européenne. Surtout, c'était la première fois qu'une technique de différenciation interétatique comportait des conséquences sur le plan institutionnel, comme nous avons pu le constater au cours de cette étude. Le traité d'Amsterdam devait poursuivre, voire accentuer ce mouvement. Le Danemark et le Royaume-Uni — et maintenant l'Irlande en raison de ses relations particulières avec le Royaume-Uni (« zone de voyage commune ») —

⁹³ . Ancien article 7C.

⁹⁴ . V. par exemple les nombreuses directives relatives à l'introduction du système de la TVA.

⁹⁵ . V. aussi les nombreux cas répertoriés dans l'établissement du marché intérieur, G. De Burca, « Differentiation Within the 'Core' ? The case of the Internal Market » in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 133 et s.

⁹⁶ . V. aussi le protocole agréé à Maastricht sur l'acquisition de biens immobiliers au Danemark.

⁹⁷ . C.D. Ehlermann « Différenciation accrue ou uniformité renforcée ? », *RMUE*, 3/1995, p. 191. Sur les différentes formes de différenciation contenues dans l'UEM, v. F. Tuytschaever, « EMU and the Catch 22 of EU Constitution-making » in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

⁹⁸ . V. par exemple le protocole relatif au commerce intérieur allemand et aux problèmes connexes, annexé au Traité de Rome, ainsi que les articles 78 et 87 du TCE relatifs à la division de l'Allemagne (ex articles 82 et 92, § 2, c) du TCE) .

apparaissent à nouveau comme des États « à part », cette fois-ci dans la création du nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice.

La grande nouveauté du traité d'Amsterdam se situe cependant à l'endroit du nouveau mécanisme général de la coopération renforcée. A l'instar des sous-systèmes qui se profilent dans l'Union économique et monétaire et dans le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice, le mécanisme de la coopération renforcée se caractérise par une adaptation généralisée sur le plan institutionnel : seuls les participants à l'avant-garde prennent part au vote au sein du Conseil pour adopter des décisions qui ne s'appliquent qu'à eux. C'est ce que nous avons dénommé « Conseil en formation 'réduite' ». En revanche, les États membres susceptibles de participer à une coopération renforcée ne sont pas déterminés par le traité d'Amsterdam, ni même déterminables selon des critères objectifs préétablis, comme c'était en principe le cas (mis à part le Royaume-Uni et le Danemark) pour déterminer les États participant à la monnaie unique. Seule une « masse critique » des États membres de l'Union est exigée pour envisager une coopération renforcée, en l'occurrence la majorité simple d'entre eux.

Pour tous ces cas de *différenciation constitutionnelle*, nous avons retenu, par commodité et dans l'optique de la comparaison, l'expression de *coopération renforcée*. Y compris pour les « coopérations renforcées » issues du protocole social ou en matière d'Union économique et monétaire, alors que l'expression n'existait pas encore.

En résumé, on peut distinguer la différenciation au sens large de la différenciation au sens strict, la différenciation interétatique de la différenciation territoriale, la différenciation formelle de la différenciation matérielle, et enfin la différenciation constitutionnelle (de la différenciation non constitutionnelle) ⁹⁹. L'objet de notre

⁹⁹ . La différenciation « institutionnelle » pourrait aussi se référer à une toute autre question, à savoir celle statut institutionnel et financier des États membres dans le cadre de l'Union. En effet, la composition des institutions s'effectue généralement sur une base étatique, même si les individus élus ou désignés ne sont pas à proprement parler des représentants des États membres. Si certaines, comme la Cour de justice, respectent le principe de stricte égalité entre les États membres, la plupart d'entre-elles prennent en compte la « grandeur » du pays ou le niveau de population de ceux-ci. C'est le cas des assemblées délibératives, mais aussi par exemple de la Commission (du moins avant la mise en œuvre du traité de Nice). Au Conseil des ministres, le vote à majorité qualifiée rompt avec le principe d'égalité

étude a donc trait à la différenciation au sens strict, interétatique, principalement formelle, et constitutionnelle, à savoir les coopérations renforcées.

Parmi les coopérations renforcées, nous avons fondamentalement distingué, dans le chapitre précédent, d'une part le mécanisme de la coopération renforcée, que nous qualifions aussi de coopérations renforcées « *potentielles* », et les coopérations renforcées « *prédéterminées* » d'autre part. Cependant, nous avons montré que cette distinction, pour utile qu'elle soit, doit être relativisée. Elle ne doit pas occulter les nombreux points communs qui autorisent de les dénommer toutes « coopérations renforcées », et partant de les comparer sur un même plan. De même, les coopérations renforcées prédéterminées se conjuguent sous différentes formes, établissant ainsi une sorte de *continuum* entre elles, et aussi d'une certaine façon avec les coopérations renforcées potentielles.

III. Catégorisation de la technique d'abstention constructive dans la PESC

Après avoir catégorisé les techniques de différenciation en général, puis les deux archétypes de coopérations renforcées (potentielles et prédéterminées), nous sommes en mesure de mieux situer la technique d'abstention constructive dans la catégorisation de l'intégration différenciée.

Pour ce, il convient d'abord de revenir sur la négociation du traité d'Amsterdam. Celui-ci avait prévu diverses formules destinées à contourner l'écueil du vote à l'unanimité dans le cadre de la PESC. Le progrès le plus remarquable à cet égard fut incontestablement le recours à la majorité qualifiée pour la mise en œuvre des actions et positions communes, ainsi que pour l'adoption préalable de celles-ci lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une stratégie commune décidée à l'unanimité. Progrès

étatique, lequel prévaut lorsque le Conseil statue à la majorité simple ou à l'unanimité. De même, la contribution financière des États au budget communautaire, tout comme le montant des astreintes infligées aux États membres tardant à exécuter les arrêts de la Cour de justice (article 171 TCE), est directement ou indirectement proportionnelle au PNB des États membres, encore que certains États membres font l'objet d'un régime de faveur. Mais l'on sait qu'à travers les politiques de solidarité telles que la politique agricole commune et la politique de cohésion économique et sociale, au travers des fonds structurels, l'on peut calculer *grosso modo* quels États membres sont débiteurs ou bénéficiaires nets, sans que l'on puisse toutefois chiffrer l'avantage que les uns et les autres retirent du marché unique. V. aussi le cas particulier de la Décision du Conseil 728/94 sur le système de ressources propres (J.O. L293/9) art. 4 : correction de la contribution britannique.

remarquable, tempéré toutefois par la possibilité pour un État membre de s'opposer au vote en invoquant « des raisons de politique nationale importantes ». Dans ce cas, le Conseil européen peut être saisi à la majorité qualifiée pour résoudre la question en statuant à l'unanimité ¹⁰⁰. Autrement dit, les États membres conservent un droit de veto, mais différé et moins facile à faire valoir ¹⁰¹.

Le vote à l'unanimité restait (et reste) cependant la règle. Dans ce cas, le traité d'Amsterdam reprend aussi un principe issu du TCE, que nous pourrions qualifier d'abstention « positive », selon lequel les abstentions des membres présents ou représentés n'empêchent pas l'adoption d'une décision applicable à tous ¹⁰². Mais les ministres avaient décidé de ne pas retenir le mécanisme de la coopération renforcée pour le deuxième pilier de l'Union concernant la politique étrangère et de sécurité commune, estimant qu'un autre système d'abstention dite « constructive » ¹⁰³ répondait suffisamment aux besoins de flexibilité en ce domaine.

Cette technique permet à chaque État membre d'assortir son abstention d'une déclaration formelle au terme de laquelle il ne sera pas tenu par la décision éventuellement adoptée (ni les décisions de mise en œuvre subséquentes ¹⁰⁴). Il s'agit donc pour les États membres d'une alternative au veto pur et simple. L'abstention est « constructive » car elle permet de la sorte à un État membre de ne pas bloquer l'initiative d'un bon nombre d'entre eux, et que la décision finalement adoptée « engage l'Union ». L'abstention est également « constructive » car, « dans un esprit de solidarité mutuelle », le ou les États membres non engagés s'abstiennent « de toute action susceptible d'entrer en conflit avec l'action de l'Union fondée sur cette décision ou d'y faire obstacle », tandis que les autres États membres respectent leur position. Encore faut-il, puisque la décision adoptée engage l'Union, que le nombre d'États qui

¹⁰⁰. Article 23, § 2 du TUE. V. aussi la déclaration n° 27 attachée à l'Acte final du traité de Maastricht selon laquelle « les États membres éviteront, autant que possible, d'empêcher qu'il y ait unanimité lorsqu'une majorité qualifiée est favorable à la décision ».

¹⁰¹. Cette formule est identique à celle prévue pour l'adoption à la majorité qualifiée de la décision d'autorisation d'une coopération renforcée (*Comp.* article 11, § 2, TCE et article 40, § 2 du TUE).

¹⁰². *Comp.* article 205, § 3 du TCE (ex article 148).

¹⁰³. Article 23, § 1, alinéa 2. C.D. Ehlermann parle d'abstention « positive » dans ce cas (« Différenciation, flexibilité et coopération renforcée : les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam », *RMUE*, 1997, p. 80).

¹⁰⁴. M. Westlake, D. Galloway, *The Council of the European Union*, précité, 2004, p. 166.

déclarent formellement leur volonté de ne pas être tenus par celle-ci ne représentent pas plus du tiers des voix affectées de la pondération classique, autrement la décision ne peut être adoptée tout court ¹⁰⁵.

Nous avons vu ci-dessus que la technique d'abstention constructive constitue à elle seule la troisième catégorie « pratique » de la différenciation (pour reprendre la formule d'A. Stubb), à savoir celle du '*case-by-case*'. F. Tuytschaever y voit une technique de différenciation négative, à la carte, proche d'une clause *d'opt-out* ¹⁰⁶. Nous verrons au prochain chapitre qu'effectivement, l'abstention constructive est une technique parmi d'autres pour contourner l'écueil de l'unanimité ¹⁰⁷, ce qui nous autorisera à élargir la catégorie '*case-by-case*' à toutes ces techniques ayant pour objectif *l'efficacité décisionnelle*.

Nous voudrions simplement montrer qu'il n'y pas, ici non plus, de frontière stricte entre le mécanisme de la coopération renforcée et la technique d'abstention constructive. D'une part, nous y reviendrons aussi au prochain chapitre ¹⁰⁸, le mécanisme de la coopération renforcée a aussi été conçu, du moins dans une certaine mesure, pour contourner l'écueil du vote à l'unanimité.

D'autre part, on retrouve aussi de façon simplifiée, dans la technique d'abstention constructive, certaines caractéristiques « organiques » comparables à celles prévues par le mécanisme de la coopération renforcée (hormis l'absence d'une procédure relative à la participation ultérieure éventuelle ¹⁰⁹). Il y a donc, à cet endroit aussi, une espèce de *continuum* entre ces deux catégories ('*case-by-case*' et '*enabling*

¹⁰⁵ . Cela signifie qu'une décision pourrait être adoptée alors que, par exemple, deux « grands » États membres et l'Espagne feraient part de leur abstention constructive, au contraire de trois « grands » États. De même une décision pourrait-elle engager l'Union alors que six, voire huit des « petits » États membres se seraient abstenus constructivement.

¹⁰⁶ . F. Tuytschaever, précité, 1999, pp. 123 et 163.

¹⁰⁷ . Chapitre 29, Section IV, A.

¹⁰⁸ . Chapitre 29, section II.

¹⁰⁹ . En effet, aucun mécanisme particulier n'est prévu pour permettre à ceux qui se sont abstenus « constructivement » d'être engagés ultérieurement par la décision adoptée. Certes la décision pourrait toujours être ré-adoptée par l'ensemble des États membres (ou une partie de ceux-ci), avec le risque que certains États membres engagés par la décision originelle désirent s'abstenir « constructivement » pour le futur. L'on peut également imaginer qu'il appartient aux États membres qui se sont abstenus de retirer unilatéralement la déclaration formelle dont ils avaient assorti leur abstention.

clause’) de sorte que l’on pourrait presque faire rentrer l’abstention constructive dans notre catégorie des « coopérations renforcées potentielles »¹¹⁰.

Dans les deux cas, en effet, le groupe des participants doit correspondre à une « masse critique » des États membres, la majorité d'entre eux (puis un tiers depuis le traité de Nice) pour une coopération renforcée, deux tiers des voix pondérées en cas d'abstentions constructives. Dans les deux cas, l'établissement d'un tel groupe parmi les États membres a lieu en dernier ressort, lorsque l'on prend conscience du blocage au sein du Conseil de l'Union. Dans les deux cas, la formation d'un tel groupe ne peut concerner que des actes ponctuels (*case-by-case*), même si la latitude des participants à une coopération renforcée paraît quelque peu plus grande (surtout depuis le traité de Nice). Dans les deux cas, la formation du groupe peut être empêchée par le veto d'un seul État membre, fût-il plus difficile à faire valoir pour une coopération renforcée, et même impossible dans certains cas, depuis le traité de Nice. Dans les deux cas, il est prévu une clause de solidarité et de respect mutuel. Il y a (ou peut y avoir) aussi, dans les deux cas, une solidarité financière entre les États membres participants et les non participants, cette solidarité étant plus étroite dans le cas de l’abstention constructive¹¹¹, tout comme la solidarité politique, puisque l’Union dans son ensemble est engagée. Dans les deux cas est admise la participation ultérieure, sans condition semble-t-il s’agissant de l’abstention constructive¹¹².

Dans les deux cas se pose aussi la question délicate de la nature juridique du groupe d’États membres en question. L'on sait qu'une abstention constructive exempte son auteur d'appliquer une décision adoptée par le Conseil, laquelle engage néanmoins

¹¹⁰ . D’ailleurs, dans les deux cas, il s’agit d’une catégorie *générale et potentielle* de la différenciation, selon l’approche de F. Tuytschaever ; dans les deux cas, le régime différencié devient effectif au terme d’une action collective.

¹¹¹ . En effet, dès l’entrée en vigueur du traité d’Amsterdam, les dépenses opérationnelles relatives à la PESC seront à la charge du budget des Communautés européennes sauf pour les opérations ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense, et sauf les cas où le Conseil en décide autrement à l’unanimité. Dans ces cas, les dépenses opérationnelles sont en principe à la charge des États membres selon la clé du produit national brut. Les États membres qui auraient émis un vote d’abstention constructive n’en seraient dispensés que pour les opérations ayant des implications militaires et dans le domaine de la défense (article 28 du TUE).

¹¹² . En ce sens, K. Lenaerts P. Van Nuffel, “Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union”, in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Collection des Dossiers de droit européen, Genève, Bâle, Munich/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/L.G.D.J., 2006, section II, C. 2. En effet, l’État qui s’est abstenu « n’est pas tenu » d’appliquer la décision, mais n’est pas empêché non plus.

l'Union en tant que telle. Autrement dit, un acte ayant fait l'objet d'une ou plusieurs abstentions constructives devrait relever du droit de l'Union avec un champ d'application « interétatique » variable. Nous l'avons déjà monté, il devrait en aller de même s'agissant des actes issus d'une coopération renforcée ¹¹³. Une telle solution peut apparaître difficile à mettre en œuvre dans la pratique, lorsque par exemple l'Union décide de rappeler les diplomates des États membres établis dans un État tiers, ou encore d'imposer un embargo.

Enfin, à notre connaissance, aucun des deux mécanismes n'a jamais été déclenché à ce jour... ¹¹⁴.

TITRE II. —

PERSPECTIVES DU MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE

Dans ce nouveau titre, nous voudrions revenir sur le mécanisme de la coopération renforcée et ses perspectives d'avenir. Avant d'examiner les domaines susceptibles d'un jour en faire l'objet, nous soutiendrons qu'à la base, ce mécanisme comporte peut-être un défaut de fabrication dès lors qu'il intègre des éléments répondant à des logiques différentes. Un second défaut de fabrication pourrait être qu'il n'a pas été articulé avec le régime des coopérations hors Union. Autant de défauts qui pourraient expliquer qu'à ce jour, il est resté inutilisé.

CHAPITRE 29. — UN MÉCANISME « NI CHAIR NI POISSON » : D'UNE LOGIQUE D'EFFICACITÉ DÉCISIONNELLE À UNE LOGIQUE DE DIFFÉRENCIATION STRUCTURELLE

Une chose est de conclure à l'utilité potentielle du mécanisme de la coopération renforcée, et partant de le rendre plus attractif et davantage opérationnel ¹¹⁵. Une

¹¹³ . V. Chapitre 7.

autre est de comprendre quelle est la raison sous-jacente aux modalités de son déclenchement, de sa mise en œuvre et de la procédure relative à la participation ultérieure. C'est la logique même de ce mécanisme qui pose question, au delà des effets pervers potentiels du principe d'ouverture au moment de la création des coopérations renforcées (« Cheval de Troie »). Il semble en effet que depuis sa conception initiale, ce mécanisme ne constitue véritablement « ni chair ni poisson », que ses diverses modalités procèdent fondamentalement de deux logiques différentes qui, sans être nécessairement contradictoires, se trouvent en tension et font appel à des modalités différentes ¹¹⁶.

Il s'agit d'une part, d'une logique « organique », ou encore de « différenciation structurelle », visant à distinguer un sous-groupe d'État membres ; et d'autre part d'une logique d' « efficacité décisionnelle », liée au processus de décision. Nous expliquerons plus en détail dans ce chapitre la portée de chacune de ces deux logiques. Bien que davantage inspirée par la logique structurelle, la réforme du mécanisme par la Constitution européenne n'affecte pas fondamentalement ce caractère hybride. Enfin, le traité de Nice fait également apparaître une troisième logique sous-jacente au mécanisme, en l'occurrence dans le domaine de la PESC, à savoir une technique de mise en œuvre d'une action par un groupe d'États membres au nom de l'Union. Cette troisième logique a été supprimée par le traité constitutionnel.

Il semble que l'objectif ultime poursuivi par la création d'un tel mécanisme, fut double. Il s'agissait d'abord de gérer l'hétérogénéité objective croissante qui devait résulter du grand élargissement de l'Union européenne à une dizaine de nouveaux États membres ¹¹⁷. Plusieurs éléments du traité de Nice font montre de cette préoccupation. Le plus frappant est d'avoir établi le seuil minimal de participation au

¹¹⁴ . S'agissant de l'abstention constructive, M. Westlake, D. Galloway, *The Council of the European Union*, précité, 2004, p. 166.

¹¹⁵ . V. Chapitre 8.

¹¹⁶ . Sur cette question, v. déjà H. Bribosia, précité, *RDUE*, 1-2001, pp. 157 et s.

¹¹⁷ . S'agissant plus généralement des différentes techniques de gestion de la diversité, outre la différenciation, v. la remarquable étude visant à une mise en perspective plus générale de la flexibilité, E. Philippart, et M. Sie Dhian Ho, « From uniformity to flexibility – The management of diversity and its impact on the EU system of governance », in De Búrca, G. and Scott, J. (eds.), *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 299.

nombre fixe de « huit » États membres, ce qui correspond au seuil établi par le traité d'Amsterdam de la majorité des États membres, mais seulement dans l'Union des Quinze. Ainsi apparaît l'idée que le mécanisme de la coopération renforcée constitue un instrument réservé à ces États membres pour répondre au risque de dilution lié à l'élargissement. Cette idée est renforcée par le fait que les actes adoptés au sein de celles-ci, en ne faisant pas partie de l'acquis de l'Union, ne s'imposeraient pas aux candidats à l'adhésion.

Le second objectif, qui reflète davantage la logique de différenciation structurelle, consistait à dissuader dans le futur les coopérations intergouvernementales en dehors du cadre de l'Union, voire à réintégrer dans celui-ci celles qui ont été conduites jusqu'alors en dehors de celui-ci, en particulier l'acquis de Schengen (et aussi par exemple en matière de sécurité et de défense). Ce souci fut principalement celui dont a fait part le Parlement européen et la Commission, mais aussi certains États membres « pro-intégrationnistes », lors de la CIG conduisant au traité de Nice ¹¹⁸.

Ces deux objectifs ne sont pas indépendants l'un de l'autre : dès lors que l'élargissement pouvait accroître la pression pour que des actions soient engagées par un groupe d'États membres seulement, il convenait de créer un mécanisme pour que ces actions fussent conduites dans le cadre de l'Union. Nous avons par ailleurs développé dans l'introduction générale de cette étude le contexte politique et institutionnel dans lequel le mécanisme a été conçu, sur lequel nous reviendrons ici.

I. Logique de « différenciation structurelle »

La logique la plus apparente, et sans doute la plus en phase avec les objectifs poursuivis, est une logique « organique », de différenciation « structurelle », qui viserait à pouvoir créer au sein de l'Union un ou plusieurs sous-systèmes plus ou moins autonomes dont le fonctionnement serait régi, non seulement par les traités,

¹¹⁸ . V. par exemple le mémorandum du Benelux, CONFER 4787/00, 19 octobre 2000, p. 6. Dans ce sens, v. également E. Philippart, E. & M. Sie Dhian Ho, M., précité, *Current Politics and Economics of Europe*, Vol. 10, n° 1, 2000, section 1.2.5. Sur les coopérations intergouvernementales hors Union, v. *infra* Chapitre 31 .

mais aussi par le relais d'actes de nature quasi-constitutionnelle que sont l'autorisation initiale et la décision statuant sur la participation ultérieure d'autres États membres.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la création de la zone euro et le protocole social annexé au traité de Maastricht ont sans doute servi de modèle en la matière. Un mécanisme de portée générale devrait permettre de procéder de la même façon dans d'autres domaines de compétence ¹¹⁹, à commencer par l'acquis de Schengen que le traité d'Amsterdam a lui-même réintégré au sein du cadre de l'Union.

Cette approche « structurelle » de la différenciation se profile dans le courant des idées émises en 1994, un an ou deux avant le début de la CIG conduisant au traité d'Amsterdam. On notera cependant que mise à part celle d'E. Balladur d'organiser l'Europe en différents cercles d'intégration, ces idées reflétaient une vision plus radicale de cette logique structurelle de l'intégration différenciée en n'envisageant la création que d'une avant-garde. Celle-ci prenait le nom de « noyau dur » dans la bouche de certains parlementaire allemands CDU/CSU, de « Communauté politique » dans une étude du Club de Florence ¹²⁰. A l'époque de la CIG 2000, elle prenait le concept « centre de gravité » ou de « groupe pionnier » dans les discours respectifs de J. Fischer et J. Chirac, ou encore d'« avant-garde » dans la conception de Jacques Delors ¹²¹. Par la suite, quelques mois avant la fin de la CIG adoptant le traité constitutionnel, le Président de la République française, faisant allusion à des « groupes pionniers », revenait ainsi à l'idée de la multiplicité des sous-systèmes à participation différenciée.

Les diverses coopérations renforcées « prédéterminées » correspondent bien à cette logique structurelle. Nous avons vu que ces régimes sont organisés directement au niveau des traités et couvrent l'ensemble d'une politique. Ils se caractérisent notamment par une différenciation dans la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres ainsi que dans l'application d'un certain nombre de règles matérielles inscrites au niveau des traités. Les États participant à ce régime y sont soit

¹¹⁹ Voir dans les mêmes domaines comme pour prolonger le régime prédéterminé dans le traité, v. Chapitre suivant.

¹²⁰ Club de Florence, *L'Europe : impossible statu quo*, 1996, pp. 230 et s.

¹²¹ « Jacques Delors critique la stratégie d'élargissement de l'Union », *Le Monde*, 19 janvier 2000.

désignés d'emblée, soit déterminables en fonction de critères objectifs ou de conditions objectives de participation prédéfinies qui attestent de la capacité ou de la volonté réelle d'y appartenir. Le caractère programmé de ces coopérations contrastent avec le caractère abstrait et potentiel du mécanisme de la coopération renforcée.

Le mécanisme général de la coopération renforcée est, lui aussi, nous l'avons évoqué, susceptible de donner lieu à de nouveaux rapports de compétence ¹²². En outre, la conception du traité de Nice selon laquelle les actes adoptés par les coopérations renforcées ne feraient pas partie de l'acquis de l'Union renforce l'impression d'autonomisation « structurelle » des coopérations renforcées. D'autre part, une interprétation constructive de la condition du dernier ressort, telle que redéfinie par le traité de Nice, rendrait le déclenchement d'une coopération renforcée moins dépendant de l'accomplissement préalable des procédures normales de décision. Elle autoriserait ainsi que la coopération renforcée en question couvre un domaine de compétence ou une politique plutôt qu'un acte particulier (sous réserve de l'incidence des conditions matérielles sur le champ potentiel des compétences que pourraient exercer les coopérations renforcées). Tels sont les éléments sous-jacents à la logique « structurelle » des coopérations renforcées.

Les travaux préparatoires de la Convention européenne font également apparaître que les modifications apportées par la Constitution s'inspirent de la logique de « différenciation structurelle » ¹²³. Deux apports de la Constitution déjà évoqués semblent ainsi avoir été motivés par cette logique structurelle de la différenciation. Le premier réside dans la possibilité d'arrêter des conditions de participation dès le moment de la mise sur pied d'une coopération renforcée, de sorte que la différenciation procéderait, outre une éventuelle divergence de volonté politique, davantage de critères ou différences objectifs. Ces conditions de participation renforcent le caractère « exclusif », et donc potentiellement plus attractif, des coopérations renforcées, précisément à l'instar de la zone euro ou de l'espace Schengen. Le second consiste à avoir en quelque sorte neutralisé la condition du dernier ressort tout en spécifiant que le champ d'action d'une coopération renforcée

¹²² . V. Chapitre VII, section I.

¹²³ . CONV 723/03, précité, p. 10.

devait être fixé dans la décision initiale d'autorisation et n'était pas en soi prédéterminé par la portée de l'acte ayant fait l'objet d'un blocage préalable. Si ce champ d'action ne doit pas se réduire à l'adoption d'un acte, il ne pourra sans doute pas non plus être aussi large que celui couvert par les régimes « prédéterminés » de coopérations renforcées. Les travaux préparatoires évoquent à cet égard un « champ d'action intermédiaire », par exemple celui couvert par une base juridique. Nous reviendrons dans le Chapitre suivant sur les domaines envisagés ou envisageables pour faire l'objet d'une coopération renforcée.

Ceci étant, le mouvement de convergence ainsi opéré par le traité constitutionnel entre le mécanisme général de la coopération renforcée et les régimes prédéterminés n'est pas unidirectionnel. On a vu en effet, par exemple, que plusieurs modifications du régime de différenciation au sein de l'Union économique et monétaire s'inspiraient du mécanisme général de la coopération renforcée ¹²⁴.

II. Logique d' « efficacité décisionnelle »

L'autre logique sous-jacente au mécanisme de la coopération renforcée, surtout au moment de sa création, touche à l'efficacité du processus décisionnel. Cette logique viserait principalement à contourner l'écueil du vote à l'unanimité au sein du Conseil et constituerait de la sorte un substitut au vote majoritaire dont le champ d'application était jugé insuffisant, encore au lendemain du traité de Nice. La différenciation s'opérerait au cas par cas, pour adopter des actes ponctuels, comme nous l'avons vu à propos de la pratique des coopérations renforcées destinées à développer l'acquis de Schengen ou le titre IV du TCE ¹²⁵. A tout le moins, la simple perspective d'une coopération renforcée pourrait jouer dans la négociation un rôle analogue à la perspective du passage à un vote à la majorité qualifiée, à savoir favoriser la recherche d'un compromis entre tous les États membres. Il n'est d'ailleurs pas exclu que tel ait déjà été le cas dans la pratique, en particulier à propos de deux questions sur lesquelles nous reviendrons dans le Chapitre suivant : l'une concernant

¹²⁴ . V. Chapitre 21, section VI, et chapitre 28.

¹²⁵ . En ce sens, v. aussi M. Westlake, D. Galloway, *The Council of the European Union*, précité, 2004, p. 167 : « *The general view was that the enabling clauses should be an instrument of last resort*

le statut de la société européenne et la représentation des travailleurs au sein de celle-ci ¹²⁶, l'autre concernant le mandat d'arrêt européen ¹²⁷.

L'objectif poursuivi paraît ici moins de gérer une hétérogénéité objective croissante due aux élargissements en vue, que de dépasser des divergences politiques subjectives et des niveaux d'ambition différents existant déjà entre les quinze États membres de l'Union de l'époque.

Le signe le plus visible de cette logique réside dans la condition du dernier ressort, en particulier dans sa conception initiale du traité d'Amsterdam, et dans le fait que la participation au vote au sein du Conseil constitue le seul aménagement institutionnel du cadre de l'Union dans lequel agit une coopération renforcée. Il est d'ailleurs frappant à cet égard que le Parlement européen ait même recommandé d'interdire le recours aux coopérations renforcées dans les domaines où le vote majoritaire est déjà prévu ¹²⁸.

Dans cette optique, la réduction du seuil minimal de participation pourrait comporter un risque accru de fragmentation de l'Union et de ses actions. Alors que la masse critique fixée à la moitié des États membres par le traité d'Amsterdam empêchait la formation de groupes concurrents, il n'est techniquement pas exclu — avec une masse critique fixée à huit ou à un tiers des États membres — que deux, voire trois groupes d'États distincts ne se forment dans des matières identiques ou connexes. Cela dit, ce risque doit être relativisé dans la mesure où la Commission joue un rôle central dans

to be used on a case-by-case basis by discrete groups of member states on specific issues when circumstances genuinely warranted their use ».

¹²⁶ . V. respectivement le Règlement CE n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 et la Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Ces deux actes sont publiés dans le *J.O.* n° L 294 du 10 novembre 2001. Une note du service juridique du Conseil sur ce sujet atteste de la perspective du recours à une coopération renforcée et de son incidence éventuelle sur le compromis final. Sur ce projet, v. J.M. de Areilza, « The Reform of Enhanced co-operation Rules : Towards less flexibility ? » in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 33.

¹²⁷ . Suite à une opposition persistante du chef de la délégation italienne, la présidence belge aurait réussi à débloquer le dossier en décembre 2001, notamment après avoir évoqué la possibilité de recourir à une coopération renforcée (Décision-cadre 2002/594/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *J.O.* L 190 du 18 juillet 2002).

¹²⁸ . V. *supra* Titre I, Chapitre IV.

la phase de déclenchement et veillera probablement à éviter un tel éparpillement ¹²⁹. Il reste que la réduction du seuil minimal de participation à un tiers des États membres est difficile à comprendre dans la logique d'« efficacité décisionnelle », dès lors que cette logique postule qu'au moins une majorité qualifiée (et donc au moins une majorité tout court) des États membres se portent en faveur d'un acte.

Les travaux préparatoires de la Convention européenne font montre de vouloir dépasser la logique de l'efficacité décisionnelle ¹³⁰. Ils soulignent notamment qu'outre l'extension du vote majoritaire, d'autres techniques plus simples et plus adéquates permettraient de répondre de façon plus appropriée à l'écueil du vote à l'unanimité, comme par exemple la technique d'abstention constructive dans le domaine de la PESC ¹³¹.

A cet égard, on pourrait regretter que ni la Convention ni la CIG n'aient pu mener de façon plus systématique ce type de réflexion à l'occasion des débats sur l'extension des cas soumis à la majorité qualifiée. En particulier, la formule d'une majorité surqualifiée, qui a fait l'objet de fortes réticences au sein du Praesidium, n'a jamais pu être examinée sérieusement. On observera toutefois que les systèmes de passerelle, aussi bien le système général que les clauses « passerelles » spécifiques à certains domaines, s'inscrivent d'une certaine façon dans le cadre de cette problématique, tout comme la passerelle générale propre à la mise en œuvre d'une coopération renforcée. De même, une certaine inventivité, mais aussi complexité, ressort des trois cas de « freinage d'urgence » (*emergency brake*) qui assortit la procédure de vote majoritaire, nous y reviendrons¹³².

III. Technique de mise en œuvre au nom de l'Union

Dans le cadre de la PESC, nous l'avons évoqué, c'est encore une troisième logique qui sous-tend le recours aux coopérations renforcées tel que prévu par le traité de

¹²⁹ . Dans le cadre de la PESC, sous le régime de la Constitution, c'est le ministre des affaires étrangères qui veillera à la cohérence des coopérations renforcées.

¹³⁰ . CONV 723/03, précité, p. 10.

¹³¹ . Sur cette technique, v. *supra*, Chapitre 28, section III.

¹³² . Sur ce mécanisme, v. *infra*, section IV, A.

Nice. Il ne peut s'agir, dans ce cas, d'assouplir la règle de l'unanimité. En effet, l'objet des coopérations renforcées se limite à mettre en œuvre une action ou une position commune adoptée préalablement par l'ensemble de l'Union ; or, le vote majoritaire est déjà de mise lorsque cette mise en œuvre prend place dans le cadre normal de l'Union ¹³³. La conception « organique » ne paraît pas beaucoup plus appropriée, d'autant moins que l'action des coopérations renforcées ne ferait pas partie de l'acquis de l'Union. En effet, c'est vraisemblablement au nom de l'Union que les coopérations renforcées mettent en œuvre les actions ou positions communes de l'Union, dans le but « de servir les intérêts de l'Union » ¹³⁴.

Cette technique rappelle une proposition émise au cours de la CIG 96/97 visant à pouvoir habiliter le Conseil à conférer des tâches spécifiques à un ou plusieurs États dans le cadre d'une action commune ¹³⁵. Cette dernière solution était assurément beaucoup plus simple, pour fondamentalement aboutir au même résultat. En admettant même qu'une coopération renforcée puisse être autorisée non seulement pour une action opérationnelle, mais aussi pour arrêter des actes normatifs, on ne voit pas, dans cette optique d'exécution pour le compte de l'Union, l'utilité d'imposer des conditions telles que celles du dernier ressort ou de la masse critique, ni de recourir à une procédure formelle pour accepter la participation ultérieure d'autres États membres.

À Amsterdam, on avait finalement abandonné l'idée de conférer des tâches d'exécution de la PESD à certains États membres, de crainte d'affecter un peu plus l'unité de la représentation de l'Union, cette fonction étant déjà exercée par la présidence du Conseil, le haut représentant, la troïka, ou encore un éventuel représentant spécial. N'en allait-il pas de même à Nice, *a fortiori*, en étendant le mécanisme de la coopération renforcée à la mise en œuvre d'une action au nom de l'Union ?

On comprend ainsi pourquoi la Constitution européenne a finalement abandonné ce dispositif. En revanche, en matière de défense, elle est revenue sur cette technique

¹³³ . Article 23, § 2 du TUE.

¹³⁴ . Article 27 A, § 1 du TUE.

plus simple de mise en œuvre d'une action de l'Union par un certain nombre d'États membres, en son nom et pour son compte, sans référence aucune au mécanisme de la coopération renforcée. En outre, la Constitution a étendu le mécanisme de la coopération renforcée au domaine de la PESC (en ce compris la défense), sans la restriction de « mise en œuvre » d'une action commune.

IV. Chair ou poisson ? Approfondissement des logiques sous-jacentes au mécanisme général de la coopération renforcée

Marqué par sa conception originelle, la coopération renforcée demeure donc un mécanisme hybride, essentiellement à cheval sur deux logiques (mise à part donc la troisième logique, qui reste accessoire).

S'agissant de la logique de l'efficacité décisionnelle, ne pourrait-elle être prise en compte par des techniques plus simples et plus appropriées (A.).

Quant à la logique de la « différenciation structurelle », malgré les apports de la Constitution visant à l'approfondir, il semble qu'elle trouve encore davantage sa pleine expression dans les régimes de coopérations renforcées prédéterminées tels que celui relatif à l'UEM ou à l'acquis de Schengen. Le nouveau dispositif sur la coopération structurée permanente en matière de défense en constitue un nouvel exemple qui est sans doute symptomatique des limites inhérentes et persistantes du mécanisme de la coopération renforcée (B.).

A. Approfondissement de la logique d'« efficacité décisionnelle » : abstention constructive et autres instruments de différenciation liés au vote à l'unanimité

Si l'objectif recherché par le recours à des coopérations renforcées consiste à pallier le risque de blocage du Conseil lorsque celui-ci est amené à statuer à l'unanimité, l'on pourrait se demander quel est l'intérêt de créer un mécanisme aussi élaboré que celui de la coopération renforcée. En particulier, le stade de l'autorisation préalable est-il

¹³⁵ . V. le document SN/600/97 du 30 mai 97, projet d'article J.4.8 du TUE.

bien nécessaire si l'on vise davantage l'adoption d'un acte ponctuel que la création d'un sous-système plus « organique » ?

Plus fondamentalement, pourquoi ne pas se limiter à des formules qui cherchent directement à assouplir le vote à l'unanimité ? Le traité d'Amsterdam fut particulièrement fécond à cet égard, en imaginant des formules qui faciliteraient l'adoption d'un acte en permettant à un ou plusieurs Etats membres de ne pas être liés par celui-ci.

Il en va particulièrement ainsi du système d'abstention constructive, que nous avons décrit au Chapitre précédent, qui est beaucoup simple et exempt d'une série de conditions contraignantes qui encadrent le mécanisme de la coopération renforcée. Prévu au départ par le traité d'Amsterdam comme alternative au mécanisme de la coopération renforcée dans le domaine de la PESC, on pourrait déjà tout simplement se demander – mise à part peut-être la solidarité politique et financière qui caractérise davantage l'abstention constructive, en raison du contexte des relations internationales de l'Union – en quoi le système d'abstention constructive serait moins approprié dans le pilier communautaire ou dans les domaines relatifs à l'espace de liberté, sécurité et justice.

Dans les lignes qui suivent, on réfléchira aussi à un certain nombre de variantes sur le mode de l'abstention constructive, mais qui pourraient avoir pour effet de supprimer *in fine* le droit de veto individuel (à l'instar de la décision d'autorisation de certaines coopérations renforcées). A ce propos, on se penchera notamment sur le mécanisme de *l'emergency brake* inventé par la Constitution.

Nous examinerons ensuite deux autres formules issues d'Amsterdam : d'abord, une sorte de clause de sauvegarde relative aux accords internationaux conclus dans le cadre des deux pilier intergouvernementaux, ensuite le mécanisme d'entrée en vigueur différenciée des conventions adoptées dans le cadre du troisième pilier.

Ainsi que nous l'avons évoqué dans le chapitre précédent, toutes ces techniques ont pour objectif de contourner l'écueil de l'unanimité et partant d'améliorer l'efficacité du processus décisionnel. Si l'on se place dans l'optique de la catégorie de la

différenciation ‘*case-by-case*’, elle devrait alors comprendre toutes ces techniques. Dès lors que les coopérations renforcées pourraient aussi être mises en œuvre au cas, comme l’atteste le développement de l’acquis de Schengen intégré, cette catégorie pourrait même être renommée autrement, par exemple celle de l’‘efficacité décisionnelle’ (*‘decision-making efficiency’*).

On observera enfin que la pratique législative connaît de nombreux exemples d’exemption accordée à l’un ou l’autre État membre réticent, ou de régime différencié en fonction des États membres, sans qu’aucune base juridique ne l’autorise formellement ¹³⁶. Cette technique de différenciation « matérielle », comme nous l’avons ainsi qualifiée, ne constituerait-elle pas l’alternative la plus simple au mécanisme de la coopération renforcée dans sa logique d’efficacité décisionnelle ? Certes, cette technique ne peut fonctionner que sur une base consensuelle, mais tel est aussi le cas du système d’abstention constructive.

1. Variantes sur le mode de l’abstention constructive sans droit de veto

On pourrait imaginer une variante à la technique de l’abstention constructive qui, cette fois, supprimerait le droit de veto individuel. On généraliserait ainsi la possibilité pour un État « minoritaire » de ne pas être engagé par un acte adopté par les autres (clause *d’opt out*), tout en permettant qu’il s’y rallie plus tard, sans autre formalité qu’une simple notification (clause *d’opt in*). Cette formule « à la carte » serait d’ailleurs la plus conforme à l’idée que les États désirant aller de l’avant ne peuvent en être empêchés, tout en respectant le principe d’ouverture, sans devoir cependant en souffrir les effets pervers potentiels déjà évoqués (effet du « cheval de Troie ») ¹³⁷.

¹³⁶ . V. sur ce sujet l’étude de G. De Burca, « Differentiation within the Core : The Case of the Common market », in G. De Búrca, & J. Scott (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000. V. aussi, dans le domaine de la législation monétaire, les règlements dont le contenu est différencié selon la participation ou non à la troisième phase de la monnaie unique (par exemple, le règlement CE n° 2533/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d’informations statistiques par la Banque centrale européenne, *J.O.* n° L 318, p. 8).

¹³⁷ . Ainsi que me l’a fait remarquer Alkuin Kölliker, une telle formule soulève toutefois la question de la procédure de modification ultérieure d’actes ayant fait l’objet d’*opt-out*.

A cet égard, on se souviendra avec intérêt qu'une telle formule avait déjà été imaginée lors de la négociation de l'Acte unique. Une proposition française visait à inscrire un article 235 bis dans le TCE au terme duquel l'abstention ou le vote négatif d'un État à l'égard de certaines mesures n'empêcherait pas qu'elles s'appliquent aux États favorables à celles-ci : « *Les États membres qui n'auraient pas approuvé (ces) dispositions ne peuvent jouir des droits et sont dispensés des obligations correspondantes* »¹³⁸. Dans le même ordre d'idée, le projet de Constitution préparé sous l'égide de Fernand Herman de 1994 prévoyait, en son article 46, la clause suivante¹³⁹ : « *Les États membres qui le souhaitent peuvent adopter entre eux des dispositions leur permettant d'aller plus loin et plus vite que les autres dans la voie de l'intégration européenne, à la double condition que cette avancée reste toujours ouverte à chacun des États membres qui voudraient s'y joindre, et que les dispositions qu'ils prennent restent compatibles avec les objectifs de l'Union et les principes de sa Constitution. Ils peuvent notamment, pour les matières relevant des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne, prendre d'autres dispositions, qui n'engagent qu'eux* ».

C'est sans doute la même intuition qui a conduit d'aucuns à recommander que la Constitution donne la possibilité d'organiser une arrière-garde en autorisant une participation plus libre aux politiques de l'Union, fût-ce davantage à l'initiative de la Commission européenne¹⁴⁰.

Le traité constitutionnel a quant lui inventé une nouvelle variante qui est celle dite du « freinage d'urgence » (*emergency brake*). Cette nouvelle technique assortit la procédure de vote majoritaire dans les domaines de la sécurité sociale des travailleurs migrants et de la coopération judiciaire en matière pénale. Elle permet à un État

¹³⁸ . J. De Ruyt, *L'Acte Unique Européen*, Études européennes, 2ième édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, p. 99.

¹³⁹ . Deuxième rapport de la commission institutionnelle sur la Constitution de l'Union européenne. Rapporteur: M. Fernand Herman, A3-0064/94, PE 203.601/déf. 2, Parlement européen, 09.02.1994

¹⁴⁰ . V. F. Lamoureux, « Projet de Constitution : de la nécessité d'organiser une 'arrière-garde' », <http://www.notre-europe.asso.fr/IMG/pdf/Lamoureux.pdf> (également publié dans *RDUE* 4 – 2003). Il y est recommandé « d'insérer une disposition prévoyant que la Commission puisse proposer qu'un État ou plusieurs États ne soient pas liés par la mise en oeuvre d'une règle inscrite dans la Constitution s'ils ne peuvent ou ne veulent l'appliquer. Ils restent en dehors de la politique commune et ne participent pas au processus décisionnel la concernant ». L'originalité de cette idée réside dans le fait que ce serait la Commission, par hypothèse dans le processus d'adoption du droit dérivé, qui proposerait une telle exemption, plutôt que la Constitution elle-même (par hypothèse pour un État déterminé dans un domaine de politique donné), ou encore l'État concerné lui-même.

membre de bloquer ou, à tout le moins, de retarder la prise de décision à la majorité qualifiée, lorsqu'il estimerait que la proposition législative en cause pourrait porter atteinte à des aspects fondamentaux de son système de sécurité sociale ou d'en affecter l'équilibre financier ¹⁴¹, ou encore de porter atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale ¹⁴². Dans ce cas, l'État membre en question devrait saisir le Conseil européen pour suspendre la procédure législative. Dans un délai de quatre mois, le Conseil européen, statuant par consensus, devrait décider soit de renvoyer le projet au Conseil, en mettant ainsi fin à la suspension de la procédure législative, soit de demander la présentation d'une nouvelle proposition, ce qui revient en quelque sorte à admettre le droit de veto. Toutefois, concernant les deux dispositions précitées relevant de la coopération judiciaire pénale, en cas d'inaction du Conseil européen endéans un certain délai et de blocage persistant au Conseil, une coopération renforcée sera automatiquement instaurée sur base du projet législatif en cause, pour autant qu'au moins un tiers d'États membres le demandent. Autrement dit, une coopération renforcée serait réputée autorisée pour l'acte ponctuel en question, à l'instar des coopérations renforcées développant l'acquis de Schengen ou le titre IV du TCE.

2. « *Clause de sauvegarde* » relative aux accords externes conclus dans le cadre des piliers intergouvernementaux

Lorsque le Conseil conclut, à l'unanimité, un accord international dans le cadre de la PESC ¹⁴³, le système d'abstention constructive est de mise, à l'instar de tout acte adopté dans la PESC (v. *supra*). En sus, le traité d'Amsterdam donne la possibilité à chaque État membre — par hypothèse, qui ne se serait pas abstenu de façon constructive — de ne pas appliquer les accords internationaux de l'Union en déclarant « qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles » ¹⁴⁴. Quelle que soit

¹⁴¹ . V. article III-136, § 2.

¹⁴² . V. article III-270, § 3, et article III-271, § 3.

¹⁴³ . Compte tenu des réticences, dans le chef de certains États membres, à reconnaître formellement la personnalité juridique internationale de l'Union, les auteurs du traité d'Amsterdam se sont attachés à déterminer une procédure selon laquelle la présidence puisse négocier les accords internationaux, et le Conseil, les conclure. La question de savoir si l'Union en tant que telle est engagée, ou si, au contraire, la présidence et le Conseil représentent les États membres individuellement, n'a pas pu donner lieu à une réponse claire et unanime.

¹⁴⁴ . Article 24 du TUE (24, § 5 *post* Nice).

la signification exacte de cette formule ¹⁴⁵, cette technique ressemble à une clause d'*opt out*, ou encore à une clause de sauvegarde, laquelle est vraisemblablement pareillement destinée à assouplir le vote à l'unanimité au Conseil. Dans une telle hypothèse, les autres États membres peuvent convenir que l'accord ne leur est applicable qu'à titre provisoire. Encore faudra-t-il expliquer tout cela aux autres parties contractantes de ces accords internationaux...

Le traité d'Amsterdam a régi les relations internationales de l'Union dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale sur le même modèle que celui de la PESC (Article 38 du TUE). C'est du moins le cas pour la capacité de conclure des accords internationaux, la procédure retenue, ainsi que la faculté d'invoquer ses règles constitutionnelles pour ne pas devoir appliquer un de ceux-ci.

3. *Entrée en vigueur différenciée des conventions adoptées dans le cadre du troisième pilier*

Toujours dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, le traité d'Amsterdam a également instauré le mécanisme de la coopération renforcée, on l'a vu. Bien que la technique d'abstention constructive ne soit pas ici de mise, le traité a retenu un autre système de flexibilité visant à contourner l'écueil de l'unanimité. L'on sait que l'exigence de l'unanimité a longtemps retardé voire bloqué les projets de conventions négociées entre les États membres, comme par exemple les projets de convention relative au contrôle des personnes franchissant les frontières extérieures. Afin de remédier à cet inconvénient majeur, le traité d'Amsterdam dispose que de telles conventions, dont l'adoption aura été recommandée aux États membres par le Conseil, peuvent dorénavant entrer en vigueur aussitôt qu'une *majorité* des États membres ¹⁴⁶ les aura adoptées, étant entendu qu'elles ne

¹⁴⁵ . Est-ce à dire que certains États membres pourraient devoir procéder à des mesures internes liées à la ratification de tels accords ? Cette exception semblerait alors impliquer qu'en règle générale, ces accords internationaux ne devraient pas être ratifiés par les États membres et constitueraient ainsi des accords de l'Union en tant que personnalité juridique propre, fût-ce à géométrie variable. Ou cela revient-il à reconnaître la primauté du droit constitutionnel national en cas de conflit avec les accords internationaux de l'Union (indépendamment de la question de sa personnalité juridique propre) ? De nombreuses questions de la sorte n'ont jamais trouvé de réponses claires et nettes.

¹⁴⁶ . Voire une majorité des États membres agissant au sein d'une coopération renforcée.

s'appliquent qu'à ceux-ci ¹⁴⁷. D'ailleurs, les conventions elles-mêmes régissent souvent la flexibilité de leur entrée en vigueur, de sorte que l'article 34 se limite à formaliser une pratique ¹⁴⁸.

Cette dernière technique assouplit certes la règle de l'unanimité au niveau des ratifications étatiques, mais pas semble-t-il au moment de « l'établissement » de la convention au sein du Conseil, ce qui en réduit passablement la portée, du moins sur le plan de la différenciation. L'idée pourrait néanmoins être étendue à toutes les conventions communautaires, pour autant que cet instrument ait encore un avenir devant lui.

On rappellera aussi, à propos de ces conventions, la compétence de la Cour de justice à géométrie variable, à la carte ¹⁴⁹.

B. Approfondissement de la logique de « différenciation structurelle » : synthèse des avantages des coopérations renforcées prédéterminées et réforme du mécanisme général

Les régimes de coopération renforcée prédéterminés ont l'avantage d'être créés ou à tout le moins programmés directement au niveau des traités, sur une base consensuelle, sans l'intervention des institutions. Les participants y sont déterminés ou déterminables selon des critères objectifs. Ces régimes peuvent couvrir des domaines aussi vastes que ne l'exigent des besoins concrets.

Au contraire, la création d'une coopération renforcée n'est prévue que de façon abstraite, sans réellement entrevoir les besoins concrets. Certes, elle peut en principe être autorisée à la majorité qualifiée, mais au risque de provoquer des dissensions parmi les États membres, que ce soit sur le principe même, ou lors de la désignation des participants. Son déclenchement est lié, *de facto*, sinon *de jure*, à l'assentiment de la Commission, du Parlement européen, voire de la Cour de justice. La portée de son

¹⁴⁷. Article 34 du TUE.

¹⁴⁸. Sur ce point, G. Papagianni, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, précité 2001, pp. 106, 107 et 117.

objet potentiel est déterminée par un certain nombre de conditions, comme celle ambiguë de non discrimination, voire limitée par la préexistence de coopérations prédéterminées dans les domaines envisagés ¹⁵⁰.

Les coopérations renforcées « prédéterminées » présentent par ailleurs deux autres avantages considérables sur le mécanisme général et abstrait de la coopération renforcée.

D'abord, ces régimes permettent d'atténuer l'écueil de l'unanimité, non pas dans le processus législatif (v. *supra*, la logique d'efficacité décisionnelle), mais dans le processus constitutionnel lui-même, pour boucler les Conférences intergouvernementales et faciliter le processus de ratification ¹⁵¹. Il en va particulièrement ainsi lorsque ces régimes accordent d'emblée des exemptions à certains États membres ou autres clauses d'*opt-out*.

Surtout, une coopération renforcée « prédéterminée » dans les traités (ou dans une future Constitution) parvient effectivement, soit à réintégrer une coopération conduite hors du cadre de l'Union, soit à en empêcher la naissance dans le futur. En effet, grâce à son existence ou du moins sa programmation, une coopération renforcée « prédéterminée » tend à un effet de *preemption* sur toute action collective en dehors du cadre de l'Union (du moins pour les États participants), dans la même mesure que sur toute action individuelle d'un État membre ¹⁵². Nous reviendrons sur ce point dans le Chapitre suivant, à l'occasion de l'examen des domaines à même de faire l'objet d'une coopération renforcée.

Au contraire, il y a tout lieu de croire que le mécanisme général de la coopération renforcée n'interdit pas juridiquement que des actions collectives continuent de prendre place en dehors du cadre de l'Union. L'on peut même redouter, compte tenu à

149 . V. *supra* Chapitre 15, section III.

150 . Sur ce point, v. le Chapitre suivant.

151 . Sur ce sujet, v. le deuxième rapport du RSCAS de l'Institut Universitaire Européen de Florence sur la réorganisation des traités de l'Union européenne (31 juillet 2000), « Réformer les procédures de révision des traités ». V. aussi *supra*, A. Stubb associée dans la même catégorie 'à la carte' l'abstention constructive et la flexibilité prédéfinie.

la fois des contraintes qu'elle impose et des limites inhérentes à celle-ci, qu'une coopération renforcée dans le cadre constitutionnel de l'Union n'apparaisse pas comme une alternative désirable, ni même praticable, aux coopérations conduites « librement » par certains États membres en dehors de l'Union ¹⁵³.

En revanche, le mécanisme de la coopération renforcée présente une originalité lui donnant un avantage comparatif sur les régimes prédéterminés, du moins dans le régime tel que réformé par le traité constitutionnel. Il s'agit du système de passerelle qui permet aux participants de choisir *entre eux* des procédures de décision de nature plus « supranationale » pour mettre en œuvre une coopération renforcée, que celles prévues par la Constitution pour l'Union dans son ensemble. Une telle autonomisation, qui s'inscrit davantage dans la logique « organique » de la différenciation, aurait également pu trouver à s'appliquer pour permettre aux coopérations renforcées d'agir au delà du cadre des compétences attribuées à l'Union ¹⁵⁴, ou à tout le moins de leur permettre de choisir des instruments d'action plus intégrants. Nul doute qu'une telle possibilité raviverait l'intérêt de ce mécanisme. Elle pourrait d'ailleurs pareillement être prévue dans les régimes prédéterminés de coopération renforcée.

Nous reviendrons sur cette logique de différenciation structurelle à l'occasion de nos réflexions finales sur l'élaboration d'un modèle constitutionnel d'intégration différenciée, en l'occurrence à l'occasion de l'examen du modèle de cercles d'intégration 'intersectés' ¹⁵⁵. Car, pour reprendre un concept déjà souvent évoqué, notamment dans le Chapitre sur la catégorisation et la définition de la différenciation, la logique structurelle de la différenciation est fondamentalement la même que celle qui caractérise ce que nous avons appelé la « différenciation constitutionnelle ».

¹⁵² . Et ce, même s'il est vrai par ailleurs qu'une telle coopération renforcée prédéterminée puisse faire émerger le besoin de créer une structure parallèle telle que l'*Eurogroupe*.

¹⁵³ . Nous reviendrons sur ce sujet au Chapitre V.

¹⁵⁴ . V. cependant déjà les « passerelles de compétence » spécifiques qui pourraient éventuellement être activées par une coopération renforcée, (Chapitre suivant ; v. aussi *supra*, Chapitre 3.

¹⁵⁵ . V. Chapitre 33, section I.

**CHAPITRE 30. — DOMAINES SUSCEPTIBLES DE FAIRE L’OBJET
D’UNE COOPÉRATION RENFORCÉE SUR BASE
DU MÉCANISME GÉNÉRAL**

I. Précédents et perspectives

Si le mécanisme de la coopération renforcée n’a encore jamais été utilisé (mises à part les coopérations renforcées un peu particulières relatives à l’acquis de Schengen), il en a été question à plusieurs reprises, principalement dans les domaines concernant l’espace de liberté, de sécurité et de justice d’une part, et celui de l’harmonisation fiscale d’autre part ¹⁵⁶.

Concernant l’espace en question, on a déjà mentionné le mandat d’arrêt européen ¹⁵⁷. Il en a aussi été question à propos de la lutte contre la traite des êtres humains et de l’immigration illégale ¹⁵⁸. On a également vu que la Constitution a prévu un mécanisme particulier et plus précis pour déclencher une coopération renforcée dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale ce qui reflète un intérêt particulier pour ce domaine ¹⁵⁹.

Pour ce qui est de l’harmonisation fiscale, plusieurs notes des services juridiques de la Commission et du Conseil attestent, on l’a vu ¹⁶⁰, de l’idée sérieusement envisagée de recourir à une coopération renforcée en matière de taxation minimale des produits énergétiques et de la possibilité d’entreprendre celle-ci au vu des conditions posées par les traités. Plus récemment, l’ancien commissaire F. Bolkestein a suggéré d’envisager le recours à une coopération renforcée pour harmoniser le calcul de l’assiette de l’impôt sur les sociétés afin de pouvoir comparer de façon plus

¹⁵⁶ . Nous avons aussi déjà évoqué la question du statut de la société européenne et la représentation des travailleurs au sein de celle-ci, v. Chapitre précédent, section II

¹⁵⁷ . V. Chapitre précédent, section II.

¹⁵⁸ . *Europe*, n° 7897, 7 février 2001, p. 3.

¹⁵⁹ . Chapitre V, section I, B., 2.

¹⁶⁰ . V. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre III (section II, C.) et Chapitre IV (section II, B.)

transparente la pression fiscale dans les États membres, certains désirant même aller jusqu'à une harmonisation minimale des taux ¹⁶¹.

Il n'est pas étonnant de constater que tous les domaines envisagés sont régis par un vote à l'unanimité au sein du Conseil, souvent source de blocage pendant de nombreuses années ¹⁶². Nonobstant le fait que le mécanisme de la coopération renforcée ne soit plus uniquement conçu comme un simple substitut au vote majoritaire suite au traité de Nice, les domaines les plus à même d'être considérés dans le futur demeurent ceux qui sont toujours soumis à un vote à l'unanimité dans la Constitution, fût-ce dans une logique davantage portée vers la « différenciation structurelle ». A cet égard, on rappellera les travaux préparatoires de la Convention européenne qui évoquait « champ d'action intermédiaire », par exemple celui couvert par une base juridique.

L'harmonisation de la fiscalité devrait demeurer un domaine d'investigation privilégié (à commencer par l'harmonisation des taux de TVA) ¹⁶³, en ce compris les mesures fiscales dans le domaine de l'environnement ou de l'énergie ¹⁶⁴. Certains domaines relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et la citoyenneté européenne, de la PESC, de l'UEM, et d'autres bases juridiques qui sont toujours soumis au vote à l'unanimité pourraient en constituer d'autres, ainsi que le nous verrons ci-dessous.

Enfin, comme le soulignent les travaux préparatoires de la Convention, il ne faut pas d'emblée éliminer les domaines dont la différenciation est déjà organisée au niveau des traités ¹⁶⁵ : il n'est en effet pas exclu qu'une coopération renforcée puisse être établie pour prolonger un de ces régimes prédéterminés, par exemple dans le volet

¹⁶¹ . V. en ce sens le rapport de la Commission au Conseil européen de Printemps « Réalisons Lisbonne – Réformes pour une Union élargie », COM (2004) 29 final/2 du 20 février 2004, p. 24, et l'entretien de l'ancien Commissaire dans *Le Monde* du 20 février 2004.

¹⁶² . V. aussi dans le domaine de la culture, S. Weatherill, "Finding Space for Closer Co-operation in the Field of Culture", in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 237. Dans le domaine de la PESC, v. E. Remacle, « Vers des coopérations renforcées dans la politique européenne de sécurité et de défense », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, Vol. II, p. 155.

¹⁶³ . Article 93 TCE (Article III – 171 de la Constitution).

¹⁶⁴ . Respectivement les articles 175 et 176 du TCE (III – 234, § 2 de la Constitution) et le nouvel article III – 256, § 3 de la Constitution.

économique de l'UEM, dans la PESC (défense), ou encore de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il conviendra cependant de reconnaître que l'existence de régimes prédéterminés diminue sensiblement l'intérêt du mécanisme général dans les domaines en question ¹⁶⁶.

II. Citoyenneté et espace de liberté, de sécurité et de justice

Proches des « affaires intérieures », certaines questions liées à la citoyenneté de l'Union, qui sont toujours régies par l'unanimité dans la Constitution, pourraient faire l'objet d'une coopération renforcée. Il en irait par exemple ainsi pour activer la « clause de flexibilité » spéciale qui permet en quelque sorte d'accroître la compétence de l'Union s'agissant de la liberté de circulation et de séjour des citoyens européens ; en l'occurrence, il s'agit d'une compétence pour adopter des mesures concernant les passeports, cartes d'identité, titres de séjour ainsi que la sécurité sociale et la protection sociale ¹⁶⁷, ou pour reconnaître de nouveaux droits aux citoyens européens ¹⁶⁸. Cette possibilité a d'ailleurs déjà été évoquée lors de la CIG 2000, le traité de Nice ayant à cet égard supprimé l'exclusion de la citoyenneté européenne du champ d'action des coopérations renforcées qui figurait dans le traité d'Amsterdam ¹⁶⁹. On signalera aussi certaines mesures anti-discrimination, autres que celles fondées sur la nationalité, qui sont toujours soumises à un vote à l'unanimité ¹⁷⁰.

Concernant la coopération judiciaire en matière pénale, on pourrait imaginer que la création du parquet européen et l'extension de ses compétences, que la Constitution

¹⁶⁵ . CONV 723/03, précité, p. 10.

¹⁶⁶ . Dans ce sens, v. aussi G. Papagianni, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », précité 2001, p. 119.

¹⁶⁷ . Article 18 du TCE (article III – 125, § 2 de la Constitution). *Comp.* la « clause de flexibilité » générale, article 308 du TCE (article I – 18 de la Constitution).

¹⁶⁸ . Article III – 129 de la Constitution. (*comp.* article 22 du TCE)

¹⁶⁹ . V. l'ancien article 11, § 1 du TCE (*post* Amsterdam). La suppression de cette limitation trouve son origine dans une proposition franco-allemande, qui évoque notamment les droits électoraux des citoyens de l'Union pour les scrutins organisés au niveau national (CONFER 4783/00, 4 octobre 2000, p. 6.). On observera toutefois que l'approbation par les États membres, selon leurs règles constitutionnelles, de la reconnaissance de nouveaux droits pour les citoyens de l'Union pourrait constituer un obstacle juridique au recours à une coopération renforcée à cet effet.

¹⁷⁰ . Article 13 du TCE (article III – 124 de la Constitution).

permet de réaliser par une loi du Conseil statuant à l'unanimité ¹⁷¹, se concrétise, compte tenu de l'opposition forte de quelques États membres, dans le cadre d'une coopération renforcée. L'idée a d'ailleurs été avancée lors des travaux de la Convention européenne d'initier une telle coopération renforcée directement dans les traités ¹⁷², autrement dit, d'en faire une coopération renforcée « prédéterminée ».

On mentionnera encore deux cas particulièrement intéressants susceptibles de faire l'objet d'une coopération renforcée. Il s'agit des « passerelles de compétence » qui permettent au Conseil, statuant à l'unanimité après approbation du Parlement européen, d'étendre la compétence d'harmonisation minimale de l'Union à d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale ou à d'autres domaines de criminalités que ceux expressément mentionnés dans la Constitution ¹⁷³. En d'autres mots, l'objet de la coopération renforcée serait d'activer une telle passerelle afin de pouvoir adopter en son sein des actes dérivant de cette nouvelle compétence, lesquels ne s'appliqueraient qu'à ses participants. Il en résulterait une différenciation de la répartition des compétences au sein de l'Union qui s'inscrirait davantage dans la logique « structurelle » des coopérations renforcées. Compte tenu de la précision de l'objet d'une telle coopération renforcée, la condition du dernier ressort pourrait être constatée au plus vite, et la passerelle activée sans autre délai.

Enfin, c'est surtout la coopération policière, particulièrement dans sa dimension opérationnelle, qui pourrait constituer un domaine privilégié d'une coopération renforcée. En témoigne le traité de Prüm, signé le 27 mai 2005 par sept des États membres de l'Union, qui vise principalement la lutte contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale. Nous verrons en effet que cette coopération intergouvernementale hors Union concerne directement des domaines relevant du titre VI du TUE, mais aussi certains domaines du titre IV du TCE (visas, asile, immigration, circulation des non européens), notamment dans sa dimension de coopération administrative ¹⁷⁴. Il a d'ailleurs été question, durant la récente

¹⁷¹ . Article III – 274, §§ 1 et 4 de la Constitution.

¹⁷² . V. l'amendement (n° 14) déposé en ce sens par Mrs. Haenel et consorts, mentionné dans le CONV 644/1/03 REV 1 du 7 mai 2003, p. 38.

¹⁷³ . V. respectivement les articles III – 270, § 2 et 271, § 1 de la Constitution.

¹⁷⁴ . V. Chapitre suivant.

présidence allemande début 2007, de réintégrer cette coopération dans le cadre de l'Union, à l'instar de l'acquis de Schengen.

Une coopération renforcée pourrait également servir à régler les modalités d'intervention policière sur le territoire d'un autre État membre ¹⁷⁵. Plus récemment, le commissaire européen Franco Frattini a brandi la menace du recours à la coopération renforcée pour contourner le blocage persistant de six États membres à propos d'un projet d'harmonisation minimale de la procédure pénale concernant les droits des prévenus ou accusés ¹⁷⁶.

III. Politique étrangère et de sécurité commune

La PESC constitue un autre vaste champ d'action qui est principalement régi par le vote à l'unanimité. Nombreux sont ceux qui montrent leur scepticisme quant au réalisme politique de coopérations renforcées dans ce domaine, notamment jugées peu compatibles avec l'unité de l'action ou de la représentation extérieure. Il est vrai qu'on imagine mal des actions communes ponctuelles adoptées au sein d'une coopération renforcée, laquelle ne pourrait d'ailleurs, sur base de la Constitution, être déclenchée qu'à l'unanimité. Mais l'idée qui a traversé certains esprits lors des travaux de la Convention était d'envisager de réaliser toute la PESC dans un cadre plus restreint, à l'exclusion de ceux qui ne veulent ou ne peuvent s'engager sérieusement dans ce sens. Un tel noyau dur pourrait, par hypothèse, prolonger celui qui pourrait émerger en matière de défense dans le cadre de la coopération structurée permanente. Dans ce domaine, compte tenu des multiples formes de flexibilité déjà prévues dans la Constitution, il est peu probable que le besoin se fasse sentir de recourir au mécanisme général de la coopération renforcée ¹⁷⁷, nonobstant la possibilité technique sur le plan juridique. En particulier, l'agence européenne de

¹⁷⁵ . V. respectivement les articles III – 275, § 3 et III – 277 de la Constitution (*comp.* article 32 du TUE).

¹⁷⁶ . « *The Commission firmly believes that a Framework Decision should be adopted unanimously by all 27 Member States. However, if one or two Member States will not accept a Framework Decision ... the only solution may be to do so without them* », citation reproduite dans *Agence Europe* n° 9373, 24 février 2007. Les six États membres en question sont le Royaume-Uni, l'Irlande, Chypre, Malte, la Slovaquie et la république Tchèque.

défense, dont certains avaient pensé durant les travaux de la Convention qu'elle aurait pu être établie au sein d'une coopération renforcée, est désormais créée, la flexibilité à cet égard ayant pris une variété d'autres formes.

IV. Union économique et monétaire

L'Union économique et monétaire fait l'objet, dans le TCE, d'un régime prédéterminé de différenciation « structurelle » parmi les États membres de l'Union, entre ceux qui ont adopté l'euro et ceux qui ont obtenu une exemption ou font « l'objet d'une dérogation ». Sur le plan institutionnel, on l'a vu, cette différenciation se caractérise notamment par la formation d'un « *Eurosystème* » qui associe la BCE aux banques nationales des États membres appartenant à la zone euro dans la politique monétaire de l'Union, et d'un « *Eurogroupe* » qui réunit de façon informelle les ministres des finances des mêmes États, en particulier pour préparer la prise de décision au sein du Conseil des ministres. Ces deux notions ont été formalisées par après dans la Constitution ¹⁷⁸. La différenciation, sur le plan institutionnel, se caractérise également par le recours à une formation « réduite » du Conseil des ministres, sur le même modèle que celui prévu dans le mécanisme général de la coopération renforcée, pour un certain nombre de procédures décisionnelles ¹⁷⁹.

L'existence d'un tel régime de différenciation prédéterminée, en l'occurrence de façon particulièrement détaillée pourrait suggérer qu'il est complet et ne permet pas de remettre en question les affaires qui ont été jugées devoir être gérées en commun. Autrement dit, le régime préétabli ne laisserait plus place à d'autres techniques de différenciation, notamment le recours à une coopération renforcée.

Pourtant, l'on se rappellera avec intérêt que lors de la Conférence intergouvernementale menant au traité d'Amsterdam, la question de savoir si le nouveau mécanisme de la coopération renforcée pourrait concerner l'UEM n'a jamais été posée explicitement. Dans l'esprit d'aucuns, l'intégration à plusieurs vitesses dans

¹⁷⁷ . Sauf peut-être pour la mise en oeuvre de la clause de solidarité (article I – 43) lorsqu'elle a des implications en matière de défense, article III – 329, § 2 de la Constitution.

¹⁷⁸ . V. respectivement l'article I – 30, § 1 et l'article III – 195 de la Constitution, ainsi que le protocole sur l'*Eurogroupe* annexé à celle-ci.

l'UEM avait en effet déjà été pleinement organisée dans le traité de Maastricht, si bien que la matière n'apparaissait certainement pas comme une priorité. D'autres au contraire gardaient à l'esprit que le nouveau mécanisme pourrait s'avérer d'une utilité réelle en ce domaine, notamment pour approfondir la dimension économique de l'UEM. Philippe de Schoutheete rapporte que cette question sensible a bien été abordée par la présidence Irlandaise, notamment à l'occasion de savoir si tous les domaines relevant du pilier communautaire pouvait faire l'objet de coopérations renforcées ¹⁸⁰. Quoi qu'il en soit, chaque fois qu'une liste négative de politiques exclues du champ d'action des coopérations renforcées était soumise aux négociateurs (à l'initiative d'un État membre ¹⁸¹ ou de la Commission ¹⁸²), l'UEM n'y figurait pas ¹⁸³.

A cet égard, on observa avec intérêt que la Constitution atteste effectivement d'un besoin accru de différenciation, notamment concernant la coordination des politiques économiques. La Constitution vise en effet de nouveaux cas dans lesquels le Conseil pourra statuer dans sa formation « réduite » ¹⁸⁴. Il en va ainsi pour l'adoption « des parties des grandes orientations annuelles de politique économique (GOPE) qui concernent la zone euro d'une façon générale » ¹⁸⁵, ainsi que, dans le cadre de la procédure de surveillance multilatérale, l'adoption d'éventuelles recommandations de « redressement » adressées aux États qui ont adopté l'euro ¹⁸⁶. Il en va de même, dans le cadre de la procédure de déficits excessifs, pour le constat initial d'un tel déficit et l'adoption par le Conseil des recommandations subséquentes qui peuvent également

¹⁷⁹ . Sur les cas visés à l'article 122, §§ 3 et 5, et à l'article 123, § 4 du TCE, v. *supra*

¹⁸⁰ . Ph. de Schoutheete, « Closer cooperation : Political background and issues in the negotiation » in J. Monar & W. Wessels (eds.), *The European Union after Amsterdam*, Continuum, London and New York, 2001.

¹⁸¹ V. sous la présidence italienne, le document CONF 3914/96 du 24 septembre 1996, et sous la présidence des Pays-Bas, les documents CONF 3813/97 du 11 février 1997, et CONF 3835/97, du 4 mars 1997.

¹⁸² . CONF 3805/97, du 23 janvier 1997

¹⁸³ . Sur l'utilité d'une coopération renforcées en matière d'UEM, v. les réflexions de la commission des affaires institutionnelles du Parlement européen, *Report on the implementation of the Amsterdam Treaty : implications of closer co-operation*, A4-0257/98, 1 July 1998 (rapporteur: Friedhelm Frischenschlager), notamment l'allusion au Conseil « euro 11 », p. 14.

¹⁸⁴ . Sur les cas visés par les articles III – 194, III – 196, III – 197, § 2, a), i), j), et § 4 de la Constitution, v. *supra*. La question du champ d'application des actes du Conseil reste cependant incertaine.

¹⁸⁵ . Conformément à l'article III – 179, § 2 de la Constitution (article 99, § 2 du TCE).

¹⁸⁶ . Conformément à l'article III – 179, § 4 de la Constitution (article 99, § 4 du TCE).

être rendues publiques ¹⁸⁷. Enfin, le Conseil statue en formation « réduite » pour établir une position commune et assurer une représentation unifiée de la zone euro au sein des institutions et conférences financières internationales, ce qui élargit quelque peu la portée de l'article 111, § 4 du TCE.

N'aurions-nous pas pu imaginer que dans tous ces cas, du moins tant que la Constitution n'est pas en vigueur, une coopération renforcée puisse être créée afin précisément d'exclure les non participants de la procédure de vote au sein du Conseil ?

Il est vrai cependant qu'un obstacle potentiel au recours à une coopération renforcée dans le cadre de l'UEM réside dans le fait que les compétences exclusives sont exclues du champ d'application du mécanisme. Or, en principe, l'essentiel de la politique monétaire et de change relève, depuis le début de la troisième phase, de la compétence exclusive de la Communauté (ou de la BCE), du moins en ce qui concerne les participants à la monnaie unique. Ces politiques sont déjà conduites en partie au sein d'un Conseil et d'organes de la BCE à géométrie variable. Concernant la politique économique, une coopération renforcée ne peut être menée, dans ce domaine comme dans les autres, que dans le cadre des compétences (non exclusives) de l'Union, de sorte qu'elle devra toujours se fonder sur une base juridique actuelle des traités. Les avancées projetées dans la Constitution évoquées ci-dessus démontrent néanmoins que nonobstant le caractère peu « intégratif » des bases juridiques relatives à la politique économique, elles confèrent une certaine marge de manœuvre à un traitement différencié. Elles démontrent sans doute aussi que la réforme et l'approfondissement du régime prédéterminé de coopération renforcée demeurerait plus approprié que le recours au mécanisme général, ce qui nous ramène à un constat déjà évoqué dans le chapitre précédent.

Quoi qu'il en soit, l'on a montré que le Conseil continue d'adopter un grand nombre d'actes dans sa formation pleine, et dont on pourrait soutenir qu'ils ne relèvent pas nécessairement, à proprement parler, de la compétence matérielle exclusive de la Communauté en matière de politique monétaire et de change. Pour certains de ces

¹⁸⁷ . Conformément à l'article III – 184, §§ 6 et 8 de la Constitution (article 104, §§ 6 et 7 du TCE).

actes, les participants à la monnaie unique ne pourraient-ils être tentés d'agir entre eux, à l'instar des cas attestés par le traité constitutionnel évoqués ci-dessus ?

L'on vise ici en particulier les actes du Conseil qui sont rendus inapplicables aux non participants ou qui induisent dans leur contenu un régime juridique différencié en fonction de la participation ou non à la monnaie unique (différenciation « matérielle »). Tel est notamment le cas pour les règlements relatifs au pacte de stabilité et de croissance, ou encore pour la législation complémentaire des statuts du SEBC. Cette législation, qui repose jusqu'à présent essentiellement sur une base consensuelle, ne pourrait-elle faire l'objet d'une coopération renforcée regroupant les participants à la monnaie unique ¹⁸⁸ ? On envisagera également la matière du contrôle prudentiel qui est pour l'instant ne fait l'objet d'aucune différenciation préalable.

Avant d'examiner plus en détail la possibilité de recourir au mécanisme de la coopération renforcée dans ces domaines, nous voudrions tester l'idée, souvent émise dans le débat sur le renforcement de la politique économique de la zone euro, d'utiliser le mécanisme en question pour réintégrer et ainsi « formaliser » *l'Eurogroupe* dans le cadre de l'Union ¹⁸⁹. L'idée était intéressante en ce qu'un des objectifs principaux du nouveau mécanisme consistait précisément à rapatrier dans le cadre de l'Union certaines activités conduites jusqu'à présent plus ou moins en marge des traités, à l'instar de l'acquis de Schengen. Dans le même ordre d'idée, on verra ce qu'il en est du MTC 2. Toutefois, tant dans le cas de *l'Eurogroupe* que du MTC 2, on verra que la condition liée à la compétence préexistante dans les traités risque *a priori* de constituer un obstacle dirimant à cette hypothèse (sauf recours éventuel à l'article 308 du TCE). Concernant *l'Eurogroupe*, force nous sera de conclure qu'une coopération renforcée ne saurait se substituer à *l'Eurogroupe*, mais tout au plus se former autour de sujets plus ponctuels dans le cadre de l'UEM, tels que ceux évoqués ci-dessus.

¹⁸⁸ . Ne pourrait-on même imaginer que des sous-groupes se forment parmi les États membres participant à la troisième phase, par exemple à propos du pacte de stabilité et de croissance ?

¹⁸⁹ . Sur cette question, v. aussi Ph. Vigneron, « Instaurer une coopération renforcée pour *l'Eurogroupe* », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, p. 377.

Pour le reste, il est concevable que l'UEM puisse avoir un effet d'entraînement dans d'autres domaines connexes, mais dont les bases juridiques sont localisées dans d'autres parties du traité. Ainsi, une coopération renforcée, composée ou non des mêmes États que ceux participant à la monnaie unique, pourrait prolonger l'UEM dans les domaines de l'emploi, de la fiscalité, de la politique sociale, ou encore de la politique des revenus, en se fondant sur les bases juridiques adéquates.

A. Une coopération renforcée dans le cadre d'activités connexes conduites en marge des traités : l'Eurogroupe et le MTC 2

1. Une coopération renforcée pour « rapatrier » l'Eurogroupe dans le cadre de l'Union?

L'on a vu que l'*Eurogroupe* est un groupe informel comprenant les représentants des États membres participant à la zone euro et au sein duquel se discutent tous les aspects connexes de l'Union monétaire, notamment la coordination des politiques économiques. Les ministres des États non participants à la monnaie unique en sont donc exclus, à moins qu'ils n'y soient invités pour discuter de « questions d'intérêt commun », ce qui semble n'être jamais arrivé.

Serait-il possible, et désirable, de formaliser et ainsi rehausser le statut de l'*Eurogroupe* en le « rapatriant » au sein de l'Union par le biais d'une coopération renforcée en bonne et due forme ? Cette hypothèse a souvent été évoquée au début des années 2000 en vue de renforcer et « autonomiser » la politique économique de la zone euro, surtout dans la perspective du nouvel élargissement qui devait réduire le nombre des participants à la monnaie unique à une minorité des États membres. L'avantage principal pour les membres de l'*Eurogroupe* serait en effet d'être ainsi habilités à adopter « entre soi » les décisions qui les concernent, sans devoir passer par le Conseil Ecofin dans sa formation pleine. En revanche, les non participants auraient le droit d'être présents physiquement au Conseil de la coopération renforcée, et même de prendre part aux délibérations, au contraire de l'*Eurogroupe* dont les membres apprécient particulièrement la *privacy*.

Du point de vue des participants, il y a tout lieu de croire que leur intérêt serait de s'organiser au sein d'une coopération renforcée, d'autant plus que rien ne les empêcherait de se réunir auparavant de façon informelle au sein de l'*Eurogroupe* ! En outre, sur la scène internationale, on a déjà suggéré que l'absence de fondement juridique pour l'*Eurogroupe* pourrait s'avérer un handicap qui risque d'affaiblir sa représentation (par sa présidence), au profit peut-être du président de la Banque centrale (v. par exemple les réunions du G 7). Il n'est guère aisé de savoir ce que préféreraient les non participants à la zone euro : être absent du processus de décision ou du processus préparatoire à la décision, parfois plus important en termes d'influence ?

Serait-il possible de formaliser le statut de l'*Eurogroupe* au sein d'une coopération renforcée ? Ou plus précisément, serait-il possible à l'*Eurogroupe* de formaliser ses décisions au sein du Conseil restreint d'une coopération renforcée, avec pour conséquence qu'elles ne s'appliqueraient qu'à eux ? En théorie, ce serait possible, pour autant qu'il s'agisse de projets d'action qui rentrent dans le cadre des compétences pourvues par les traités. Or il faut garder à l'esprit que l'*Eurogroupe* aborde aussi souvent d'autres questions qui ne rentrent pas directement dans le champ d'application des traités. Une coopération renforcée serait impossible pour ces questions, lesquelles ne peuvent être abordées, voire coordonnées, que dans le groupe informel, sans d'ailleurs pouvoir non plus faire l'objet d'une décision du Conseil dans sa formation pleine, qui s'adresserait à tous les États membres.

Une autre condition est susceptible d'empêcher que l'on consolide le statut de l'*Eurogroupe* au sein d'une coopération renforcée une fois pour toute, à savoir la condition dite du dernier ressort. En effet, nous avons vu que cette condition pourrait impliquer que chaque autorisation d'une coopération renforcée se fasse au cas par cas (par exemple, annuellement pour les grandes orientations de politique économique), au terme d'un blocage préalable au sein du Conseil dans sa formation pleine. Une habilitation plus générale semble difficile dans ce domaine, sous réserve des potentialités interprétatives du traité de Nice à ce sujet. La Constitution, il est vrai, tend à effacer les limites posées par cette condition ¹⁹⁰.

¹⁹⁰ . Chapitre IV, section II, C.

S'agissant de la Constitution, l'on sait qu'un protocole y annexé a précisément pour objet, non de formaliser *l'Eurogroupe*, mais de reconnaître son existence tout en « formalisant » son caractère informel (non décisionnel), ainsi qu'en organisant sa présidence ¹⁹¹.

2. *Une coopération renforcée pour communautariser le MTC 2 ?*

On a vu ci-dessus que la nature juridique du nouveau mécanisme de change (MTC 2) prêtait à controverse. Si la résolution du Conseil européen et l'accord entre les banques centrales correspondent à des accords intergouvernementaux conclus en dehors des compétences, et donc du cadre, communautaires, il serait alors d'emblée hors de question de conclure un tel arrangement au sein d'une coopération renforcée.

C'est seulement si l'on admettait que les traités confèrent une compétence à la Communauté d'organiser un mécanisme de taux de change ¹⁹² que la question d'une coopération renforcée en la matière se pose. Encore faut-il que ce ne soit pas une compétence externe propre à la BCE : en effet, une coopération renforcée ne peut-être envisagée que comme une émanation des pouvoirs du Conseil ¹⁹³ (la BCE n'agissant éventuellement qu'à titre d'exécution). On pourrait alors imaginer que les participants à la monnaie unique et les non participants qui sont cependant candidats à un mécanisme de change formalisent leur arrangement au sein d'une coopération renforcée. Une telle formule permettrait au Conseil d'adopter un règlement en formation « réduite », sans les États membres qui ne veulent pas participer effectivement à un tel mécanisme. Une autre formule consisterait en un accord bilatéral ou multilatéral entre d'une part, les participants à la monnaie unique réunis au sein du Conseil d'une coopération renforcée et les autres États membres désireux de s'intégrer au MTC 2 pris individuellement ou collectivement. Force est de reconnaître que de telles formules sont fort hypothétiques et relèvent sans doute davantage de la science juridique fiction... Encore que le précédent des accords parallèles entre la Communauté et le Danemark pour certaines questions relevant du

¹⁹¹ . Chapitre 21, section VI, C.

¹⁹² . Par exemple, sur base de l'article 308 du TCE, comme l'a suggéré le Professeur J.V. Louis.

titre IV du TCE pourrait être une source d'inspiration, même si en l'occurrence, il s'agissait formellement d'accords au nom de la Communauté (et pas des coopérations renforcées *mutatis mutandis*)¹⁹⁴.

B. Coopération renforcée dans le cadre de l'UEM : pacte de stabilité et de croissance, législation complémentaire des statuts du SEBC, et contrôle prudentiel¹⁹⁵

1. Pacte de stabilité et de croissance

Le pacte de stabilité et de croissance s'incorpore, nous l'avons vu, dans une résolution du Conseil européen et deux règlements du Conseil.

Les premières esquisses du pacte se situaient clairement en dehors des traités — une sorte de Schengen économique —, car incompatibles avec ceux-ci en ce qui concerne le système de sanction automatique qui réduisait à néant toute marge de manœuvre politique en cas de dépassement de la norme budgétaire. Il était même question de conclure un accord intergouvernemental ne comprenant que les États membres sélectionnés pour la troisième phase de l'UEM. Un tel accord eut-il pu être intégré dans une coopération renforcée, dans l'hypothèse où le mécanisme instauré par le Traité d'Amsterdam (puis aménagé par le traité de Nice) eut existé à cette époque ? Non dès lors qu'aucune base juridique actuelle n'aurait pu (et ne pourrait encore) valablement le fonder.

Il en va peut-être autrement pour les deux règlements qui ont finalement été arrêtés¹⁹⁶. Bien que s'adressant formellement à tous les États membres, ces deux règlements contiennent un régime différencié selon qu'ils prendront part ou non à la troisième phase de l'UEM. L'un, adopté sur base de l'article 99, § 5 du TCE, énonce les modalités de la surveillance multilatérale des politiques économiques et

¹⁹³ . Encore faudrait-il que celui-ci agisse autrement que par le biais d'une résolution, v. *supra*.

¹⁹⁴ . Sur ce sujet, v. *supra* Chapitre 14, section IV.

¹⁹⁵ . Le professeur Jean-Victor Louis a aussi suggéré qu'une coopération renforcée pourrait être utile pour harmoniser les dates d'exercice budgétaire des États membres.

budgétaires des États membres, notamment au regard des GOPE annuelles. Ce règlement prévoit en particulier que le transfert d'information par les États membres prenne la forme de programmes de stabilité ou de convergence selon que ces États ont ou non adopté la monnaie unique ¹⁹⁷. L'autre, adopté à l'unanimité sur base de l'article 104, § 14, alinéa 2 du TCE, vise à accélérer et clarifier la procédure dites « des déficits excessifs ». Ce règlement prévoit notamment, à cet effet, un régime différencié concernant les sanctions éventuelles, lesquelles ne sont pas de mise pour les États ne relevant pas de la zone euro ¹⁹⁸.

N'aurait-on pu imaginer que le mécanisme de la coopération renforcée eût été approprié pour permettre aux participants à la monnaie unique d'approfondir « entre eux », au sein d'une formation du Conseil des ministres restreinte à eux seuls, leur coordination en matière économique ? En l'occurrence pour arrêter les modalités d'adoption de leurs « programmes de stabilité », ou encore pour fixer le régime des sanctions dans le cadre de la procédure de déficit excessif ¹⁹⁹ ? Ne pourrait-on envisager que pour ces questions, les membres de la zone euro cherchent à faire de même pour modifier ou « renforcer » le pacte en ce qui les concerne ? Ce n'est pas exclu, pour autant que la base de compétence communautaire en la matière soit suffisante. L'on observa avec intérêt que la Commission européenne elle-même a évoqué une telle éventualité dans une communication « sur le renforcement de la coordination des politiques économiques au sein de la zone euro » ²⁰⁰.

Il convient toutefois de constater que lorsque ces deux règlements ont été soumis à révision par les règlements du 27 juin 2005 ²⁰¹, l'idée de recourir à une coopération renforcée n'a jamais été soulevée. Il est vrai qu'en l'occurrence, l'objectif n'était pas, pour les membres de la zone euro, de « renforcer leur coopération », mais de rendre le

¹⁹⁶ . V. aussi la résolution du Conseil Européen relative au pacte de stabilité et de croissance, Amsterdam, le 17 juin 1997, *J.O.* C 236 du 2/08/97, p. 1, point IV

¹⁹⁷ . Règlement CE n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, précité.

¹⁹⁸ . Règlement CE n° 1467/97 du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, précité.

¹⁹⁹ . Il est vrai qu'il aurait alors fallu adopter au sein du Conseil, dans sa formation pleine, la base commune du pacte de stabilité, ainsi que les régimes propres aux non participants.

²⁰⁰ . Communication du 7 février 2001, COM (2001) 82 final, points 18 et 26.

pacte moins rigide en permettant de prendre en compte les circonstances individuelles propres à chaque État. En revanche, le rôle de l'*Eurogroupe* s'est avéré déterminant pour établir les modifications finalement portées, au point que les non participants, nombreux après le dernier élargissement, s'en sont quelque peu émus ²⁰².

2. *Coopération renforcée dans le cadre de la législation complémentaire des statuts du SEBC*

L'on a vu au cours de cette étude que le Conseil, dans sa formation pleine habituelle, est habilité à adopter la législation complémentaire des statuts du SEBC.

Dans certains cas, lorsque la base juridique des statuts s'applique à tous les États membres en question, le règlement du Conseil fixe un régime distinct en fonction de la participation ou non à la monnaie unique. Il en va par exemple ainsi du règlement relatif à consultation de la BCE ²⁰³, et du règlement relatif aux statistiques en général ²⁰⁴. Ne pourrions-nous imaginer, dans ces cas aussi, qu'une coopération renforcée des États membres participant à la monnaie unique adopte des règles plus contraignantes à leur égard, sans subir l'influence du vote des non participants ?

La question se pose avec davantage d'acuité encore dans d'autres cas où les actes du Conseil sont adoptés sur la base d'une disposition des statuts inapplicable aux non participants. Il en va par exemple ainsi des règlements du Conseil relatif aux réserves obligatoires ²⁰⁵, aux avoirs de réserve de change ²⁰⁶, et aux pouvoirs de la BCE en matière de sanctions ²⁰⁷. Il est frappant de constater que pour tous ces règlements, qui ont aussi un champ d'application « interétatique » limité aux seuls participants, la question s'est posée de la légitimité de la participation au vote au sein du Conseil des États qui ont une dérogation ou une exemption en la matière. D'ailleurs, mis à part le

²⁰¹ . Règlements n° 1055/2005 et 1056/2005, précités.

²⁰² . Sur la réforme du pacte de stabilité, v. aussi J.-V. Louis, "The Review of the Stability and Growth Pact", *CMLRev*, 2006, p. 85.

²⁰³ . (sauf pour le Royaume-uni pour qui la Décision est inapplicable) Décision 98/415/CE du Conseil du 29 juin 1998, précitée.

²⁰⁴ . Règlement n° 2533/98 du Conseil du 23 novembre 1998, précité.

²⁰⁵ . Règlement n° 2531/98 du Conseil du 23 novembre 1998, précité

²⁰⁶ .Règlement n° 1010/2000 du Conseil du 8 mai 2000, précité.

règlement sur les sanctions ²⁰⁸, il est difficile de savoir dans quelle composition le Conseil a finalement statué dans les autres cas ²⁰⁹.

Dans tous ces cas, nonobstant cette dernière question concernant la formation adéquate du Conseil qui s'apparentait davantage à une question de principe, les Quinze se sont toujours mis d'accord. L'on peut supposer que ces actes reposent sur une base largement consensuelle, malgré le recours au vote majoritaire. L'on pourrait cependant imaginer que tel ne soit pas toujours le cas, surtout au lendemain du grand élargissement qui tend à diluer la proportion des États membres relevant de la zone euro.

Pourrait-on alors imaginer que les participants à la monnaie unique se mettent d'accord entre eux, au sein d'une coopération renforcée, pour compléter les statuts du SEBC ? L'on pourrait certes répondre d'emblée à la question en estimant que, dès lors qu'il est hors de question que les États membres agissent individuellement en la matière, la compétence est exclusivement communautaire, ce qui prohiberait le recours à une coopération renforcée. Mais l'on sait aussi que la notion de compétence exclusive est peu claire en droit communautaire, et que l'on peut distinguer les compétences exclusives matérielles et fonctionnelles, seules les premières étant exclues du champ d'action des coopérations renforcées (comme de la subsidiarité) ²¹⁰.

3. *Contrôle prudentiel*

En matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit, le traité pose le principe de compétence des autorités nationales, le SEBC n'étant appelé qu'à

²⁰⁷ . Règlement n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998, précité.

²⁰⁸ . Dont la formation « réduite » du Conseil est indirectement prévue par la combinaison des articles 110, 3 et 122, § 5 du TCE

²⁰⁹ . V. *supra* Chapitre 21, section II, C.

²¹⁰ . Sur le plan fonctionnel, il s'agit certes, de par son caractère transnational, d'une compétence « exclusive », à l'instar des compétences relatives à l'établissement du marché unique. Par essence, elle ne correspond pas à un dessaisissement d'une compétence étatique identique. En cela, il s'agit plutôt de compétences « propres » à l'Union (sur cette question, v. H. Bribosia, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres », *RDUE*, 1 – 2005, en particulier p. 37 et s.

contribuer à la bonne conduite des politiques menées par celles-ci ²¹¹, et plus précisément seulement à l'égard des autorités relevant des États participants à la monnaie unique ²¹².

En revanche, le Conseil est autorisé à confier des missions spécifiques à la BCE dans ce domaine qui peuvent concerner tous les États membres sans distinction ²¹³. Étant donné que le Conseil statue à l'unanimité dans sa formation pleine, l'éventualité d'une coopération renforcée aurait un certain sens ²¹⁴, d'autant plus qu'à notre connaissance, le Conseil n'a encore jamais agi à ce sujet ²¹⁵. Cette coopération renforcée pourrait regrouper les États relevant de la zone euro, mais pourrait aussi associer seulement certains d'entre eux, voire d'autres États membres. De la sorte, seuls les établissements soumis à la juridiction desdits États pourraient être contrôlés par la BCE.

V. Autres domaines à l'unanimité et « passerelles » spécifiques

D'autres bases juridiques de la Constitution demeurent soumises au vote à l'unanimité du Conseil. Elles ont trait, par exemple, au rapprochement de certaines législations nationales ²¹⁶, à la sécurité et la protection sociale ²¹⁷, au droit de la famille ²¹⁸ ou encore à la conclusion de certains accords internationaux (pour autant que la compétence de l'Union ne soit pas exclusive) ²¹⁹.

En principe, seules les bases juridiques de compétence, qui concernent la mise en œuvre d'une politique, pourraient faire l'objet d'une coopération renforcée. Bon nombre de bases juridiques de nature institutionnelle ou organisationnelle ne sont donc pas envisageables. Toutefois, il n'est pas exclu qu'une coopération renforcée ait

²¹¹ . Article 105, § 5 du TCE.

²¹² . C'est du moins ce qui ressort de l'article 122, § 3 du TCE.

²¹³ . Article 105, § 6 du TCE, et article 25.2 des statuts du SEBC.

²¹⁴ . *Comp. R. Smits*, qui au contraire, semble déjà regretter le caractère différencié de l'article 105, § 5 du TCE, précité, 1997, p. 498.

²¹⁵ . Le vote à l'unanimité étant toujours de mise dans la Constitution (v. Article III – 185, § 6).

²¹⁶ . Article III – 173 de la Constitution.

²¹⁷ . Article III – 210, § 3 de la Constitution.

²¹⁸ . Article III – 269, § 3 de la Constitution (dans le cadre de la coopération judiciaire civile).

pour objet, à l'instar de ce que nous avons suggéré à propos des « passerelles de compétence »²²⁰, d'activer une passerelle prévue par la Constitution dans des domaines spécifiques pour transformer une procédure législative spéciale en procédure législative ordinaire (et donc en vote majoritaire au Conseil). Au contraire de la passerelle générale, qui peut n'être activée que par le Conseil européen²²¹, ces passerelles spécifiques le sont par le Conseil des ministres statuant à l'unanimité, lequel pourrait donc être mis à l'épreuve sur une telle activation. Il s'agit par exemple de la protection et la sécurité sociale (article III – 210, § 3), de l'environnement (article 234, § 2) ou encore du droit de la famille (article III – 269, § 3). Nonobstant l'existence d'une passerelle générale propre aux coopérations renforcées, il pourrait être utile de déclencher une coopération renforcée ayant précisément pour objet d'activer une passerelle spécifique, fût-ce pour contourner davantage la condition du dernier ressort²²².

CHAPITRE 31. — ARTICULATION DU MÉCANISME DE LA COOPÉRATION RENFORCÉE AVEC LE RÉGIME DES COOPÉRATIONS INTERGOUVERNEMENTALES EN DEHORS DE L'UNION

Nous avons évoqué à plusieurs reprises la raison principale qui a suscité la création puis les réformes successives du mécanisme de la coopération renforcée. Suite aux élargissements de l'Union européenne et l'hétérogénéité croissante qui devrait s'ensuivre, il a semblé nécessaire d'inciter les États membres désireux d'aller de l'avant au sein d'un groupe restreint, à le faire dans le cadre institutionnel de l'Union plutôt qu'en dehors. Le mécanisme pourrait également s'avérer utile pour réintégrer dans l'Union une coopération qui s'est développée en dehors de son cadre, à l'instar

²¹⁹ . Article III – 325, § 8 de la Constitution.

²²⁰ . V. *supra* Section II relative à l'espace de liberté, sécurité et justice.

²²¹ . Article IV – 444 de la Constitution. Tel est également le cas pour la passerelle spécifique en matière de PESC (v. les articles I – 40, § 7 et III - 201, § 3).

²²² . En effet, d'une part, il est plus facile et plus rapide de constater un échec au sein du Conseil lorsqu'il est amené à statuer sur un objet aussi précis que l'activation d'une passerelle spécifique. D'autre part, après la création d'une telle coopération renforcée, il y a tout lieu de croire qu'elle pourrait agir dans le domaine couvert par la base juridique en question, sans nouvelle décision d'autorisation, et donc sans tester la condition du dernier ressort sur l'adoption de la législation elle-même dans le domaine en question.

de l'acquis de Schengen, et demain peut-être de l'acquis du traité de Prüm ²²³. De la sorte, les États participant à une coopération renforcée pourraient bénéficier d'une structure existante et leurs citoyens continueraient de jouir des garanties parlementaires et juridictionnelles de l'Union. Les autres États seraient quant à eux rassurés : leurs intérêts, en ce compris la faculté d'y participer ultérieurement, et les intérêts de l'Union dans son ensemble seraient préservés. Surtout, et ceci est souvent ignoré, nous avons montré que les coopérations renforcées, de par les modalités du mécanisme, notamment la procédure de participation ultérieure, jouissent *de facto* si pas *de jure* d'une certaine *preemption* sur l'action de l'Union ²²⁴, tandis qu'au contraire les actions collectives conduites en dehors de l'Union doivent se soumettre à la *preemption* et même la primauté de l'Union, on y reviendra plus loin.

Pourtant, la création du mécanisme de la coopération renforcée n'a pas en soi pour effet d'interdire des coopérations entre certains États membre de l'Union en dehors de celle-ci. Dès lors, un groupe d'États membres pourrait continuer de préférer d'agir en dehors de l'Union, plutôt que de devoir se plier aux contraintes de son cadre institutionnel, à commencer par celles qu'impose le mécanisme général de la coopération renforcée. L'illustration la plus frappante concrétisant cette hypothèse réside dans le traité de Prüm signé le 27 mai 2005 par sept États membres.

Cette section a pour objet de montrer qu'outre sa nature « ni chair ni poisson », le mécanisme de la coopération renforcée souffrirait d'un autre vice de fabrication expliquant qu'on y recourt pas ; et que, même lorsque le besoin d'une coopération plus étroite se fait ressentir, on préfère agir en dehors du cadre institutionnel de l'Union. Ce vice réside dans le fait de ne pas avoir encadré davantage les coopérations hors Union, voire de ne pas les interdire dans certains cas, et inversement de ne pas avoir allégé les conditions matérielles relatives à la mise en œuvre des coopérations renforcées. En d'autres mots, il conviendrait d'articuler davantage le mécanisme de la coopération renforcée avec le régime des coopérations hors Union, pour autant que l'on cherche à conférer une raison d'être au premier...

²²³ . Sur ce traité, v. *infra*.

²²⁴ . V. Chapitre 7.

Auparavant, il convient de rappeler le régime des coopérations conduites par certains États membres de l'Union en dehors de son cadre institutionnel, indépendamment de l'existence du mécanisme de la coopération renforcée. On évoquera à ce sujet le récent traité de Prüm, symptomatique de la question.

I. Régime général des coopérations hors Union

La qualité d'État membre de l'Union n'empêche pas en soi qu'un certain nombre d'entre eux (voire tous) continuent d'établir d'autres coopérations en dehors du cadre de l'Union. Un groupe d'États membres peut conclure un accord international, voire créer d'autres structures ou organisation internationale, généralement sur un mode purement intergouvernemental ²²⁵.

Cela va de soi lorsque l'objet de la coopération intergouvernementale ne relève pas des objectifs ou compétences de l'Union. Lorsque de telles coopérations intergouvernementales agissent dans le cadre des objectifs, et surtout des compétences de l'Union, elles restent permises, fondamentalement dans la même mesure qu'un État membre pourrait agir de façon individuelle, à savoir : en respectant les objectifs de l'Union, la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, notamment le principe de *preemption* du droit de l'Union dans le cadre des compétences concurrentes, la primauté du droit de l'Union et plus généralement, le principe de coopération loyale ²²⁶. Il arrive d'ailleurs souvent que les accords entre certains États membres s'ouvrent à des États tiers, à propos desquels le principe de coopération loyale requiert sans doute une prudence supplémentaire pour ne pas

²²⁵ . En ce sens, v. aussi K. Lenaerts , P. Van Nuffel « Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union », in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, précité., 2006, section IV, A.. *Comp.* l'opinion de G. Papagianni qui argumente l'idée que le recours aux coopérations renforcées ont été rendues plus difficile, suite au traité d'Amsterdam, « Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, précité, 2001, p. 119.

²²⁶ . V. l'argumentation juridique développée également dans ce sens, par B. De Witte, « Old-fashioned Flexibility : International Agreements between Member States of the EU », in G. De Búrca, & J. Scott (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 33, 55 à 57. Selon l'auteur, les accords internationaux conclus en dehors de l'Union par l'ensemble des États membres sont davantage suspects, du moins s'ils ne sont pas expressément autorisés, comme par l'article 293 du TCE.

hypothéquer le développement du droit de l'Union et ses relations extérieures ²²⁷. De la sorte, la Cour de justice demeure compétente pour connaître de la validité du contenu de tels accords au regard du droit communautaire ²²⁸.

Certaines dispositions des traités autorisent expressément les États membres en général, ou certains d'entre eux en particulier, à coopérer en dehors du cadre de l'Union. Il en va par exemple ainsi pour les unions régionales entre les pays du Benelux « *dans la mesure où les objectifs de ces unions régionales ne sont pas atteints en application du présent traité* » ²²⁹. Malgré la simplicité apparente de la formule qui remonte au traité CEE de 1957, elle n'est pas dépourvue d'ambiguïté : si leurs objectifs ne sont pas atteints car différents de ceux de l'Union, ou ne faisant pas l'objet des compétences nécessaires au sein de l'Union, la compatibilité des unions régionales avec l'Union ne pose pas de problème. Autrement, la formule ne devrait en principe pas pouvoir être comprise comme remettant en cause la prééminence de l'Union. Il semble pourtant que la Cour de justice ait accepté qu'une règle Benelux déroge au droit communautaire lorsqu'elle va « plus loin » que la règle communautaire ²³⁰.

De même, le traité de Maastricht, qui a introduit les deux piliers intergouvernementaux, a pris soin de préciser que ceux-ci n'avaient pas pour effet de prohiber les coopérations hors traité. Ainsi, en matière de défense, une coopération plus étroite entre certains États membres est permise dans le cadre de l'UEO et de

²²⁷ . Dans de rares cas, les accords entre certains États membres et des États tiers sont des accords mixtes. Il en va par exemple ainsi de la Convention sur la protection du Rhin, signée à Berne le 12 avril 1999 par l'Allemagne, la France, le Luxembourg, les Pays-bas, la Suisse et la Communauté européenne (*J.O.* 2000, L 289/31), ou encore de la Convention sur la protection des Alpes, signée à Salzburg le 7 Novembre 1991 par l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Autriche, la Slovénie, la Suisse, le Liechtenstein et la Communauté européenne (*J.O.* 1996 L 61/32), citées par B. De Witte, « Chamelonic Member States : Differentiation by means of partial and parallel international agreements » in B. De Witte, D. Hanf, & E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 234.

²²⁸ . V. en ce sens les arrêt de la Cour de justice cites par K. Lenaerts , P. Van Nuffel « Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union », in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, précité., 2006, section IV, C.

²²⁹ . Art. 306 du TCE (repris dans la Constitution à l'article IV – 441).

²³⁰ . Arrêt de la Cour du 16 mai 1984, affaire 105/83, *Pakvries*, cité par K. Lenaerts , P. Van Nuffel « Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union », in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, précité., 2006, section IV, A.

l'OTAN, mais aussi au niveau bilatéral « *dans la mesure où cette coopération ne contrevient pas à celle qui est prévue (au titre de la PESC) ni ne l'entrave* »²³¹. Bien que cette disposition ne se retrouve plus comme telle dans la Constitution européenne, de telles coopérations bilatérales ou multilatérales continueront d'exister. Elles sont d'ailleurs reconnues dans l'action commune concernant la création de l'Agence européenne de la défense²³².

Une disposition similaire, l'article K.7, fut introduite dans le cadre du troisième pilier, et indiquait que les dispositions du titre VI du TUE « *ne font pas obstacle à l'institution ou au développement d'une coopération plus étroite entre deux ou plusieurs États membres, dans la mesure où cette coopération ne contrevient pas ni n'entrave celle qui est prévue au présent titre* ». Cet article avait notamment pour objectif, sinon pour effet de légitimer les accords de Schengen dont la Convention d'application avait été conclue le 19 juin 1990, tout en réaffirmant la prééminence formelle du droit de l'Union. Une telle habilitation des États membres figurait déjà souvent dans des conventions « troisième pilier » et dans des actes de droit dérivé, nous l'avons déjà indiqué²³³.

On rappellera aussi à cet égard qu'une certaine concurrence existait déjà entre la Convention de Schengen de base, conclue en 1985 par cinq États membres, et l'Acte Unique, dont l'article 8A du Traité CEE²³⁴ programmait l'établissement d'un « espace sans frontières », assurant notamment la libre circulation des personnes, bien qu'une divergence d'interprétation devait longtemps subsister quant à savoir si la levée des contrôles aux frontières intérieures concernait ou non les non résidents UE.

En 1992, dix des douze États membres avaient rejoint les accords de Schengen, alors qu'ils étaient en train de finaliser la négociation du troisième pilier du TUE. Souvent présentés et légitimés sous la forme de laboratoire d'essai favorable à la dynamique

²³¹ . Article 17, § 4 du TUE.

²³² . Action commune 2004/551/PESC du Conseil du 12 juillet 2004, précitée, point 8 du préambule qui se réfère notamment à l'OCCAR (Organisation conjointe de coopération en matière d'armement) et au GAEO/OAEO (Groupe armement de l'Europe occidentale/Organisation de l'armement de l'Europe occidentale). Sur les diverses coopérations intergouvernementales en matière de défense, v. Chapitre 9.

²³³ . Chapitre 11 (v. sur ce point. G. Papagianni, « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », précité 2001, pp. 105 et 106).

de l'intégration européenne – ce qui explique notamment l'accueil favorable de la Commission européenne à cette initiative – , les accords de Schengen avaient sans doute comme objectif principal de développer des règles déjà relativement détaillées au sein d'un groupe restreint, celui des cinq fondateurs, et dans un cadre encore moins contraignant que le futur titre VI du TUE, tout intergouvernemental fût-il ; puis de développer et mettre en œuvre cette coopération sans les britanniques (et partant les irlandais) soupçonnés de mauvaise volonté en la matière, fût-ce en raison de particularités propres et objectives (comme l'absence de carte d'identité, par exemple) 235.

Si les accords de Schengen sont symptomatiques de la question, on rappellera que de nombreux accords bilatéraux ou multilatéraux ont été conclus dans le domaine, dont certains subsistent et sont « complétés » par les accords de Schengen, comme le traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962. D'autres accords bilatéraux « plus larges » sont également autorisés dans ce domaine de coopération 236.

Contrairement à l'article 17, § 4 du TUE, l'ancien article K.7 a été supprimé par le traité d'Amsterdam, sans doute dans l'idée que l'acquis de Schengen était désormais intégré dans le cadre de l'Union, et que d'une manière générale, le nouveau mécanisme de la coopération renforcée au sein de l'Union serait suffisant. Il serait pourtant erroné de croire que la suppression de cette autorisation revenait à interdire les coopérations hors Union.

II. Exemple du traité de Prüm

234 . Actuellement, article 14 du TCE.

235 . Sur cette question, v. *supra*, Chapitre 11. Certains auteurs soulignent par ailleurs, s'agissant des accords de Schengne, un objectif autre que celui de la libre circulation des personnes, en y voyant davantage un objectif de prévention à l'égard des criminels, et une crainte à l'égard de l'immigration clandestine, v. D. Bigo, cité in T. Balzacq, D. Bigo, S. Carrera and E. Guild, « Security and the Two-Level Game : The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats », CEPS working Document, n° 234/January 2006, p. 15

236 . Article 48 de la Convention d'application du 19 juin 1990. Dans le même ordre d'idée, selon l'article 31 de l'accord de 1985, les articles 5 et 6, et 8 à 16 de l'accord de Sarrebruck du 13 juillet 1984 continuent de s'appliquer dans les relations franco-allemandes.

C'est du moins ce qu'ont dû estimer les sept États membres signataires du traité de Prüm du 27 mai 2005 ²³⁷ « *relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale* »²³⁸. L'objectif poursuivi consiste à « jouer un rôle pionnier » et à chercher un « niveau élevé » dans la coopération transfrontalière visant essentiellement l'échange de données telles que les profils ADN et les données dactyloscopiques (empreintes digitales) relatives à certains individus, ainsi que la transmission d'informations destinées à prévenir les actions terroristes. En matière de lutte contre le terrorisme, le traité prévoit aussi dans certains cas la présence de gardes armés à bord des aéronefs ('sky marshall'). Concernant l'immigration illégale, le traité prévoit l'échange de conseillers en faux documents, ainsi qu'un soutien mutuel lors de rapatriements d'étrangers en situation illégale. Enfin, certaines formes d'interventions communes d'agents nationaux sont envisagées, comme des patrouilles communes sur le territoire d'une des parties contractantes, ainsi que des mesures d'assistance lors d'événements de grande envergure, de catastrophes ou d'accidents graves.

Autrement dit, l'objet du traité, parfois dénommé « Schengen III », relève pratiquement totalement du champ d'action du titre VI du TUE relatif à la coopération judiciaire et policière en matière pénale, voire du titre IV du TCE touchant notamment à des questions d'immigration illégale. En atteste la volonté de présenter une initiative trois ans après l'entrée en vigueur du traité afin de transcrire le régime de Prüm dans le cadre de l'Union, « sur la base de l'expérience acquise », en tenant compte des bases juridiques appropriées du TUE et du TCE ²³⁹.

Certes, il est précisé que la coopération sur base du traité de Prüm « *ne porte pas atteinte au droit de l'Union européenne* », reconnaissant ainsi la prééminence

²³⁷ . C'est à dire deux jours après la signature du traité d'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, et quelques jours précédant les référendums négatifs en France et aux Pays-bas de la Constitution européenne.

²³⁸ . Ce traité est conclu entre les trois États du Benelux, l'Allemagne et l'Autriche, ainsi que la France et l'Espagne qui l'ont rejoint au dernier moment. Il entrera en vigueur 90 jours après la ratification de deux États signataires au moins, et ensuite aux autres États signataires, 90 jours après leur ratification. Il s'agit d'une ratification au sens large, comprenant aussi la faculté d'une simple acceptation ou d'une approbation, ce qui permet de réduire les contraintes d'ordre interne.

²³⁹ . Article 1, (4) du traité.

formelle de l'Union ²⁴⁰, à l'instar de ce que prévoyait les accords de Schengen. On pourrait toutefois se demander si ce traité n'entre pas en concurrence de manière trop frontale avec le système de l'Union, au point d'ébranler le principe de coopération loyale ²⁴¹. Certains le soutiennent déjà, notamment en comparant de façon détaillée le régime de Prüm avec certaines initiatives communautaires, voire certains actes en vigueur. Il en résulte indéniablement divers chevauchements, et une profusion d'instruments de valeur différente qui risque de confondre jusqu'aux autorités nationales qui doivent les mettre en oeuvre ²⁴², même si sur le fond, certains aspects du traité de Prüm semblent effectivement précurseurs ²⁴³.

Le fait que la coopération « Prüm » fasse l'objet d'une information régulière de la Commission et du Conseil ²⁴⁴, et soit ouverte à l'adhésion de tous les autres États membres ²⁴⁵ est certes enclin à rassurer les États membres non participants (encore qu'il s'agisse seulement d'un engagement unilatéral dans le chef des signataires du traité) ; mais cela renforce également l'idée que c'est dans le cadre strictement intergouvernemental que sera élaboré le régime dans tous ses détails, pour être éventuellement un jour intégré tel quel dans le cadre institutionnel de l'Union, à l'instar de l'acquis de Schengen. Par conséquent le traité de Prüm, à commencer par

²⁴⁰ . Articles 1, (2) du traité. L'article 47 dispose de façon plus spécifique : « *Les dispositions du présent Traité ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit de l'Union européenne. Si l'Union européenne établit à l'avenir des réglementations touchant le domaine d'application du présent Traité, le droit de l'Union européenne prévaudra sur les dispositions concernées du présent Traité quant à leur application* ».

²⁴¹ . V. aussi en ce sens, concernant les accords de Schengen, B. De Witte, précité, 2000, p. 42.

²⁴² . En ce sens, T. Balzacq, et al., CEPS working Document, n° 234/January 2006, précité, notamment pp. 5 à 14. Sur cette confusion des instruments, v. aussi F. Dehousse et D. Sifflet, « Les nouvelles perspectives de la coopération de Schengen : le traité de Prüm », *Royal Institute for International Relations (IRRI KIIB)*, 8 April 2006, pp. 10 et 11. Comp. notamment le principe de disponibilité des données tel que développé par le traité de Prüm et la proposition de Décision-cadre du Conseil relative à l'échange d'informations en vertu du principe de disponibilité, COM (2005) 490 final, du 12 octobre 2005 (sur ce sujet, T. Balzacq, et al., CEPS, 2006, précité, pp. 13 et 14. F. Dehousse et D. Sifflet indiquent à cet égard que le champ d'application du traité de Prüm est plus large que celui de la proposition de la Commission de Décision-cadre (précité, p. 10).

²⁴³ . Il en va par exemple ainsi de la protection des données à caractère personnel (chapitre VII du traité de Prüm), que la Commission européenne estime être « un modèle pour l'échange d'informations entre les États membres de l'Union » (v. la proposition de décision-cadre du Conseil du 4 octobre 2005 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, COM (2005) 475, citée par F. Dehousse et D. Sifflet, précités, p. 11.

²⁴⁴ . Articles 1, (5) du traité.

²⁴⁵ . Article 1, (2) et 51 du traité. Contrairement aux accords de Schengen, rien n'est prévu concernant la Norvège, l'Islande, et la Suisse.

son mode d'élaboration peu démocratique, est effectivement susceptible de contourner et partant d'affaiblir le système communautaire dont les garanties parlementaires et juridictionnelles apparaissent pourtant particulièrement de mise en cette matière ²⁴⁶. De même, le régime de Prüm est susceptible de préjuger les actions que le système communautaire pourrait produire sur base de traités UE et CE, et peut-être demain, de la Constitution. Par comparaison, la structure institutionnelle du traité de Prüm se limite à un Comité des ministres pour mettre en œuvre le traité ²⁴⁷ et un groupe de travail commun jouant le rôle de la Commission ou de la Cour de justice (initiative, contrôle de la transposition) ²⁴⁸.

On observera toutefois que d'aucuns voient dans le traité de Prüm davantage une réponse légitime à un processus décisionnel au sein de l'Union lourd, long et souvent improductif, une mise en garde contre un tel alourdissement, et un espoir d'effet d'entraînement ultérieur au sein du cadre de l'Union ²⁴⁹.

III. Encadrement minimal des coopérations hors Union

Quoiqu'il en soit, l'exemple du traité de Prüm ravive l'idée de rédiger une clause générale dans les traités ou dans la future Constitution qui reconnaîtrait les accords entre un certain nombre d'États membres (« accords *inter se* ») tout en traçant les limites inhérentes à l'appartenance des États en cause à l'Union et à son ordre juridique ²⁵⁰ : respect des objectifs et compétences de l'Union, respect du principe de coopération loyale, etc. On se rappellera avec intérêt que la Conférence intergouvernementale précédant la conclusion du traité de Nice avait effleuré la

²⁴⁶ . En ce sens, v. aussi les développements de J. Ziller, « Le traité de Prüm : Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », EUI Working paper, Law n° 2006/32, p. 12 à 14.

²⁴⁷ . Des accords d'exécution du traité peuvent aussi être conclus pour ce qui est de l'exécution au niveau des administrations (article 44 du traité)

²⁴⁸ . Pour une critique étayée dans ce sens, v. l'Avis du Comité économique et social européen sur la «Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen — Programme de La Haye: Dix priorités pour les cinq prochaines années — Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice» [COM(2005) 184 final] , *J.O.* du 17 mars 2006, (2006/C 65/22), cité par J. Ziller, précité, p. 14.

²⁴⁹ . F. Dehousse et D. Sifflet, précité, 2006, p. 12 et 13.

²⁵⁰ . Dans ce sens, v. aussi B. De Witte, in G. De Búrca, & J. Scott (eds.), précité, 2000, p. 57, se référant au traité d'Amsterdam : « *Could the drafters not have seized the opportunity to spell out in*

problématique en émettant l'idée intuitive d'une « catégorie intermédiaire » entre les coopérations renforcées et les coopérations hors Union ²⁵¹.

Ni la Convention sur l'avenir de l'Union, ni la CIG n'ont véritablement abordé la question, même si plusieurs amendements déposés lors des travaux de la Convention recommandaient d'étendre la clause Benelux à tous les États membres sans distinction, sans suite ²⁵². Au sein du Secrétariat de la Convention, un projet de clause avait circulé à un stade préliminaire, qui s'inspirait du début de l'article 306 du TCE et de l'article 17, § 4 du TUE ; elle était rédigée comme suit : « *Les dispositions de la présente Constitution ne font pas obstacle à l'institution ou au développement d'une coopération entre deux ou plusieurs États membres en dehors du cadre de l'Union à condition que les actions entreprises ne contreviennent pas ni n'entravent les objectifs et les actions de l'Union. Les États membres agissent conformément au principe de coopération loyale avec l'Union. En particulier, lorsqu'ils agissent dans des domaines relevant de la compétence de l'Union, qui ne peut être une compétence exclusive, le Conseil et la Commission sont tenus informés des actions entreprises* ». La contribution de la Commission à un avant-projet de Constitution, connu sous le nom de « Pénélope » – celui-là même qui n'avait pas jugé utile de conserver le mécanisme général de la coopération renforcée ²⁵³ – avait fait une proposition dans le même sens, mais qui s'inspirait directement de la formule ambiguë concernant les unions régionales: « *Les États membres peuvent instaurer entre eux des coopérations plus*

clear terms the scope and legal conditions for inter se agreements ? ». V. également E. Philippart, précité, *Notre Europe*, mars 2003, notamment pp. 9 à 11.

²⁵¹ . V. le document CONFER 4761/00, 18 juillet 2000, p. 4 : « *Faut-il étudier, dans le traité, une possible clause de 'conformité aux objectifs de l'Union' qui permettrait sous condition, un ancrage dans le traité pour certaines coopérations qui ont pour objet de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, mais qui se situent en dehors des institutions et qui peuvent porter sur des matières extérieures au champ des compétences de l'Union ?* ». Dans le même ordre d'idée, une proposition émanant de la délégation belge suggérait d'encadrer davantage les coopérations plus étroites conduites en matière d'armement sur base de l'article 17, § 1, dernier alinéa du TUE, CONFER 4765/00, 28 août 2000, p. 18, (Clause K). Tel est sans doute maintenant le cas avec la création d'un Agence européenne de la défense (v. *supra*). La coopération structurée permanente en matière de défense pourrait illustrer, bien que dans un domaine prédéfini, ce type de « catégorie intermédiaire ».

²⁵² . V. dans ce sens les amendements relatifs à la partie IV de la Constitution, déposés par P. Berès et six autres conventionnels, par A. Duff et dix conventionnels (ainsi que leurs suppléants), par J-P. Bonde et quatre conventionnels, ainsi que par D. Hübner. <http://european-convention.eu.int/amendments.asp?content=899&lang=FR>

²⁵³ . V. *supra*, Chapitre 1, section III.

*étroites, dans la mesure où les objectifs de celles-ci ne pourraient être atteints en application de la Constitution »*²⁵⁴.

IV. Adaptation du régime des coopérations hors Union au regard du mécanisme de la coopération renforcée

La création du mécanisme de la coopération renforcée affecte-t-elle le régime des coopérations intergouvernementales hors Union ? En principe, non. Même la formulation d'une clause générale du type de celles évoquées ci-dessus ne devrait pas limiter le choix qui s'offre aux États membres candidats à une coopération plus étroite de la conduire en dehors du cadre de l'Union, ou sous la forme d'une coopération renforcée au sein de l'Union.

Au lendemain du traité d'Amsterdam, une étude très instructive révèle une attitude plutôt positive envers les coopérations conduites par certains États membres de l'Union en dehors de celle-ci. On y voit un processus dynamique bénéfique pour l'intégration européenne, à l'instar des accords de Schengen. Il est même prédit que ces formes de coopérations « libres » vont s'amplifier dans le futur, surtout en matière de sécurité et de défense, mais aussi comme prolongement naturel de la mise en oeuvre de coopérations renforcées au sein de l'Union (à l'instar de *l'Eurogroupe* pour la zone de l'euro)²⁵⁵.

Certes, dans bon nombre de cas, les coopérations plus étroites entre certains États membres ne semblent guère en rivalité potentielle avec une coopération renforcée en bonne et due forme, pas plus d'ailleurs qu'elles ne posent de problèmes à la vie de l'Union dans son ensemble. Elles répondent souvent à des besoins spécifiques de coopération bilatérale ou trilatérale, par exemple les conventions visant à éviter la

²⁵⁴ . *Étude de faisabilité - Contribution à un avant projet de Constitution de l'Union européenne*, précité, article 5, § 2 . *Comp.* E. Philippart, précité, *Notre Europe*, mars 2003, p. 44.

²⁵⁵ . Ch. Deubner, C., *Harnessing Differentiation in the EU – Flexibility after Amsterdam*, A Report on Hearings with Parliamentarians and Officials in Seven European Capitals, *Stiftung Wissenschaft und Politik*, S 430, 2000. *Comp.* B. De Witte qui prévoit, quant à lui, un déclin de cette pratique des accords conclus en dehors de l'Union, B. De Witte, *in* G. De Búrca, & J. Scott (eds.), précité, 2000, conclusion.

double taxation, les accords visant à protéger les eaux de certains fleuves ²⁵⁶, ou encore des accords de coopération culturelle (Arte) ou en matière d'éducation ; mais aussi de coopération multilatérale à caractère strictement régional (ou interrégionale ²⁵⁷) qui n'ont clairement pas vocation à s'étendre à l'ensemble de l'Union. Il en va par exemple ainsi du Benelux et de l'UEBL, de la coopération nordique, ou encore du Groupe de Visegrad ²⁵⁸.

La pratique montre que le recours à de tels accords de coopération n'est pas très fréquent, que leur objet est souvent limité, et le nombre de participant rarement plus élevé que six ²⁵⁹, de sorte qu'un recours aux institutions communes de l'Union ne serait guère justifié. Dans certains cas de coopération multilatérale sectorielle, l'objet de ces accords ne pourrait relever au plus qu'à la marge des compétences de l'Union, du moins au moment de leur conclusion, par exemple le traité de Paris instituant l'UEO, voire l'accord de Schengen en 1985. Pour tous ces cas, une clause reconnaissant formellement ce type de coopération tout en l'encadrant de limites d'ordre général, comme évoqué ci-dessus, serait sans doute souhaitable, et entièrement suffisant.

On notera par ailleurs que certains de ces accords peuvent aussi se rattacher et s'articuler d'une manière ou d'une autre au cadre de l'Union ²⁶⁰. Un exemple très intéressant à cet égard est l'Accord du 9 février 1994 relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes par des véhicules utilitaires, conclu entre les trois pays du Benelux, l'Allemagne et le Danemark : cet accord vise à transposer de façon collective une directive de la Communauté, conformément à une habilitation expresse de la directive pour mettre sur pied un système commun de droit d'usage, et

²⁵⁶ . V. par exemple les accords de Charleville-Mézières de 1994 pour la protection de la Meuse et l'Escaut.

²⁵⁷ . Sur les formes de coopération interrégionale ou trans-régionale, et notamment les *Euregios* conclus dans le cadre du programme Interreg de la Communauté européenne, v. S. Weyand, « Inter-Regional Associations and the European Integration Process », in Ch. Jeffrey (ed.), *The Regional Dimension of the European Union – Towards a Third level in Europe*, Frank Cass, London, 1997, pp. 166 et s.

²⁵⁸ . <http://www.visegradgroup.org/group.php>

²⁵⁹ . B. De Witte, « Old-fashioned Flexibility : International Agreements between Member States of the EU », in G. De Búrca, & J. Scott (eds.), précité 2000, pp. 33 et s.

conformément aux modalités indiquées dans la directive en question ²⁶¹. Il en va de même concernant certaines conventions Benelux ²⁶².

Qu'en est-il, en revanche, lorsque les coopérations plus étroites envisagées ou conduites par certains États membres sont en rivalité avec une coopération renforcée en bonne et due forme, notamment parce qu'elles ont vocation à s'étendre à l'ensemble des membres de l'Union, voire à être réintégrées plus tard au sein du cadre de l'Union ?

Le traité de Prüm est exemplaire à cet égard, lui qui s'inspire même de certains principes du mécanisme de la coopération renforcée, comme le principe d'ouverture ou celui d'information régulière des institutions et des non participants. Est-il logique que ses signataires aient agi en dehors du cadre de l'Union, alors qu'il s'agissait sans aucun doute d'un domaine qui aurait pu faire l'objet d'une coopération renforcée en bonne et due forme ²⁶³ ? En l'occurrence, il aurait même pu s'agir, du moins pour certaines questions, d'un développement de l'acquis de Schengen tel que réintégré dans le cadre de l'Union sous la forme d'une coopération renforcée ²⁶⁴.

Il nous semble que pour donner du sens au mécanisme de la coopération renforcée qui, à ce jour, n'a encore jamais été utilisé — et partant pour donner un sens au temps consacré lors de deux CIG puis lors de l'élaboration du traité constitutionnel à

²⁶⁰ . Dans le même ordre d'idée, v. aussi les articles I – 41, § 5 et III – 310 de la Constitution permettant la réalisation d'une mission Petersberg en dehors du territoire de l'Union par un groupe d'États membres.

²⁶¹ . V. l'article 8 de la Directive 1993/89/CEE du 25 octobre 1993 relative à l'application par les États membres des taxes sur certains véhicules utilisés pour le transport de marchandises par route ainsi que des péages et droits d'usage perçus pour l'utilisation de certaines infrastructures (*J.O.* L 279/32 du 12 novembre 1993). Cette directive a été quelque peu modifiée par la suite dans une nouvelle directive 1999/62/CE du 20 juillet 2000 relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures (*J.O.* L 187 du 20 juillet 1999), de sorte que l'accord du 9 février 1994 a été adapté par un protocole signé à Bruxelles le 22 mars 2000. Sur ce sujet, v. D. Van Vreckem., « Accord relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes par des véhicules utilitaires dans le cadre de la Directive 93/89/CEE du 25 octobre 1993 », in C.D. Ehlermann, *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 67.

²⁶² . B. De Witte, précité, 2000, p. 39.

²⁶³ . Sur cette question, v. aussi J. Ziller, « Le traité de Prüm : Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », précité.

²⁶⁴ . Une coopération renforcée certes spéciale, mais tombant tout de même de façon résiduelle sous le régime du mécanisme général, v. *supra*, Chapitre 12.

concevoir et aménager ce mécanisme —, il conviendrait de n'autoriser une action en dehors du cadre de l'Union qu'en dernier recours, c'est à dire après avoir tenté et échoué de mettre sur pied une coopération renforcée en bonne et due forme ²⁶⁵. Autrement dit, il s'agirait d'une condition de « dernier ressort », semblable à celle qui conditionne le recours aux coopérations renforcées en bonne et due forme au regard d'une tentative d'action de l'Union dans son ensemble.

D'aucuns rétorqueront, s'agissant du traité de Prüm, qu'il manquait un signataire pour atteindre le seuil minimal de participation permettant d'engager la procédure d'une coopération renforcée. Il est vrai que cette condition doit être remplie pour que l'autorisation initiale puisse être accordée ²⁶⁶, mais elle ne peut être vérifiée qu'après que les États intéressés aient soumis leur demande à la Commission ou au Conseil de s'engager dans une coopération renforcée, et donc après que d'autres États membres aient eu l'occasion de la rejoindre dès le départ, conformément au principe d'ouverture défini dans le traité de Nice (article 43 B du TUE). En tout état de cause, même si une coopération plus étroite devait démarrer en dehors du cadre de l'Union, faute du nombre requis des participants, une tentative de revenir à une coopération renforcée en bonne et due forme devrait conditionner la validité de la poursuite de la coopération hors Union dès que le seuil de participation minimale est atteint.

Par conséquent, ce serait uniquement après le constat d'un échec dans la procédure d'autorisation d'une coopération renforcée que les États membres intéressés

²⁶⁵ . En ce sens, v. aussi les vues de B. De Witte qui ont évolué sur la question, « Chamelonic Member States : Differentiation by means of partial and parallel international agreements » in B. De Witte, D. Hanf, & E. Vos, (eds), précité, 2001, (notamment note infrapaginale n° 29) ; *comp.* avec B. De Witte, précité, 2000. En revanche, G. Papagianni suggère que l'existence du mécanisme de la coopération renforcée exigerait déjà qu'un coopération hors Union ne soit possible que si le recours au mécanisme n'était pas possible, « Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, précité, 2001, p. 119. En ce sens, v. aussi D. Curtin, « Emerging Institutional Parameters and Organised Differences in the European Union », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 356; L.S. Rossi, « Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza : quali geometrie per l'Europa allargata », in *Il trattato di Nizza*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè editore, 2003, pp. 53 et 54; et également V. Constantinesco « Les clauses de 'coopération renforcée'. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 755. Tous ces auteurs se fondent notamment sur le principe de coopération loyale résultant de l'article 10 du TCE. Force est de constater que le traité de Prüm les a contredit, à moins de ne le considérer comme illégal.

²⁶⁶ . Nous avons même soutenu que le seuil de la moitié des États membres initialement prévu dans le traité d'Amsterdam était préférable, v. *supra*.

pourraient être autorisés s'embarquer dans une coopération hors Union ²⁶⁷, peu importe au demeurant que le blocage provienne de la Commission, du Conseil, voire du Parlement européen dans certains cas. Le fait que les modalités de mise en œuvre d'une coopération renforcée soient jugées trop contraignantes ne devrait pas permettre d'y renoncer d'emblée ²⁶⁸. Il y a d'ailleurs fort à parier que ces institutions préfèreront voir évoluer une telle coopération au sein de l'Union plutôt qu'en dehors de son cadre institutionnel.

L'on pourrait toutefois encore se demander si de telles coopérations hors Union, dans ce cas de figure qui suppose qu'elles agissent dans le cadre potentiel des compétences de l'Union, ne devraient pas être davantage encadrées, voire autant que ne le sont les coopérations renforcées en bonne et due forme. En d'autres mots, les coopérations hors Union devraient-elles être moins contraignantes que ce que ne requiert l'article 43 du TUE relatif aux coopérations renforcées en bonne et due forme ? Ne devraient-elles pas aussi favoriser les objectifs de l'Union, respecter les traités et l'acquis communautaire, ne pas agir dans les domaines de compétences exclusives, ne pas porter atteinte au marché intérieur ni à la cohésion économique et sociale, ne pas constituer une entrave ni une discrimination entre les États membres, ne pas provoquer de distorsions de concurrence, ou encore respecter les compétences, droits et obligations des non participants ? Pourrait-on imaginer qu'une coopération hors Union ferme la porte à certains États membres de l'Union (ce que le traité de Prüm ne fait d'ailleurs pas) ? Poser la question, c'est y répondre, semble-t-il...

Inversement, on pourrait envisager d'alléger ces conditions matérielles, autant pour les coopérations hors Union que les coopérations renforcées en bonne et due forme. L'essentiel, somme toute, serait d'avoir un minimum de convergence entre le régime des coopérations hors Union et les coopérations renforcées afin de rendre le recours au mécanisme général relativement plus attractif ; il s'agirait en outre d'encadrer davantage les systèmes parallèles à ceux de l'Union comme celui mis en place par le traité de Prüm, dès lors qu'ils sont susceptibles de préjuger de l'activité de l'Union

²⁶⁷ . Du moins en irait-il ainsi pour les coopérations qui ont vocation à s'étendre à l'ensemble de l'Union et qui partant sont en rivalité potentielle avec celle-ci (v. *supra*). Mais pour pouvoir juger qu'une coopération hors Union ne pose guère de problème à l'Union, cela pourrait être utile que tout projet de coopération hors Union soit signifié aux institutions européennes, pour avis.

dans son ensemble. De la sorte, les coopérations hors Union pourraient clairement être conçues comme des laboratoires d'essai favorables à la dynamique de l'intégration²⁶⁹.

V. Coopérations hors Union et coopérations prédéterminées : instruments de la dynamique d'intégration ?

Contrairement au mécanisme général de la coopération renforcée, il semble que les coopérations renforcées « prédéterminées » dans les traités (ou dans une future Constitution) parviennent effectivement à réintégrer une coopération conduite hors du cadre de l'Union, ou devrait pouvoir en empêcher la naissance dans le futur. En effet, grâce à leur existence ou du moins leur programmation, une coopération renforcée « prédéterminée » devrait donner lieu à un effet de *preemption* sur toute action collective en dehors du cadre de l'Union, dans la même mesure que toute action individuelle d'un État membre (du moins pour les États participants). Le Chapitre précédent démontre en partie cette hypothèse, notamment dans les domaines relevant de l'Espace de liberté, sécurité et justice et de l'Union économique et monétaire.

Toutefois, il convient aussi de relativiser ce constat. Dans la pratique, en effet, on a dit que les innovations du traité de Prüm auraient sans doute largement pu trouver leur fondement dans le développement de l'acquis de Schengen tel que réintégré dans le cadre de l'Union. Il reste que concernant l'acquis proprement dit, il relève maintenant bel et bien du cadre juridique de l'Union et en principe de façon irréversible. Force est aussi de constater que la « coopération renforcée » des États membres qui ont adopté la monnaie unique a vu émerger une structure parallèle qu'est l'*Eurogroupe* ; celui-ci répond à un besoin de davantage d'intimité dans le processus de discussion et de délibération au sein du Conseil statuant en formation « réduite ». Dès lors que le mécanisme de la coopération renforcée autorise également la présence des non participants aux délibérations du Conseil en formation « réduite », il est raisonnable

²⁶⁸ . *Contra*, F. Dehousse et D. Sifflet, précité, p. 13.

²⁶⁹ . V. aussi E. Philippart, « Answering EU's Need for Policy Laboratories and Sub-Systemic Schemes : Reflection on the Reform of 'Closer Cooperation' », *Current Politics and Economics of Europe*, 2000.

d'augurer un développement similaire lors de la mise sur pied éventuelle de coopérations renforcées sur base du mécanisme général.

On observera par ailleurs que les coopérations renforcées « prédéterminées » trouvent souvent leur origine dans les coopérations conduites par certains États membres en dehors de l'Union. Tel est le cas pour la coopération renforcée « euro », qui trouve son origine dans le serpent monétaire puis le SME à participation flexible ²⁷⁰. Tel est également le cas de la coopération « Schengen », et demain peut-être aussi de l'acquis du traité de Prüm. Tel était aussi le cas pour le protocole social autorisant quatorze États membres à conclure entre eux un accord sur la politique sociale ²⁷¹ ; le contenu de cet accord dérive notamment de la Charte sociale communautaire de 1989 qu'avaient signé les douze États membres de l'époque, à l'exception du Royaume-Uni. Tel serait pratiquement le cas en matière de défense si la Constitution européenne entrait en vigueur dès lors que l'UEO perdrait sans doute sa raison d'être, qui se limite actuellement à la clause de défense mutuelle ²⁷², et que la coopération structurée permanente réintégrerait au sein de l'Union certaines opérations armées. Tel est en fait déjà en partie le cas avec la création de l'Agence européenne de défense ²⁷³.

On retrouve dès lors l'idée de laboratoire d'essai dans les coopérations hors Union, propice à la dynamique de l'intégration européenne, par une intégration progressive de tous ces domaines de coopération dans le cadre institutionnel de l'Union, voire dans le cadre communautaire, fût-ce encore dans un premier temps, sous forme de coopérations renforcées « prédéterminées », lesquelles contribuent dès lors aussi à cette dynamique ²⁷⁴. Par comparaison, le rôle du mécanisme général de la coopération renforcée sur le processus d'intégration reste à démontrer...

²⁷⁰ . V. Chapitre 16.

²⁷¹ . V. Chapitre 10.

²⁷² . V. l'article I – 41, § 7 de la Constitution.

²⁷³ . Partie I, Titre II, Chapitre I.

²⁷⁴ . En ce sens, v. aussi F. Tuytschaever, précité, 1999, pp. 226 à 230, et « EMU and the Catch 22 of EU Constitution-making » in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 195.

Dans son remarquable ouvrage déjà mentionné dans l'avant-propos de notre étude, Alkuin Kölliker démontre, en se basant sur la théorie des biens publics, que la différenciation est un facteur déterminant permettant d'expliquer les périodes dynamiques ou de stagnation du processus d'unification européenne, tout en relevant les facteurs éventuels de désintégration et les risques de fragmentation ²⁷⁵. La confrontation des thèses soutenues dans cet ouvrage avec notre étude mériterait une nouvelle étude en soi remise à plus tard ²⁷⁶.

Nous voudrions à ce stade simplement émettre une hypothèse plus générale quant à la dynamique potentielle de l'intégration différenciée ²⁷⁷. Nous avons constaté à plusieurs reprises que les coopérations renforcées, pour autant qu'elles soient prédéterminées ou qu'elles soient effectivement créées conformément au mécanisme prévu, pouvaient avoir un effet de *preemption* sur toute action individuelle, mais aussi sur toute action collective par les autres États membres. Les coopérations hors Union pourraient également engendrer un tel effet. De sorte que la seule façon pour ces autres États membres de bénéficier d'une règle commune serait de se rallier à la règle commune déjà existante. C'est l'effet centripète des coopérations renforcées. En revanche, la prise de conscience que la règle collective initiale préfigure inéluctablement la règle future commune à tous pourrait expliquer la réticence des moins disants à laisser les plus ambitieux aller de l'avant...

²⁷⁵ . A. Kölliker, *Flexibility and European Unification: The Logic of Differentiated Integration*, Governance in Europe Series, Rowman and Littlefield, Lanham MD, 2006, en particulier p. 275 et s.

²⁷⁶ . Sur l'incidence des coopérations renforcées sur le système de l'Union, v. aussi E. Philippart, et M. Sie Dhian Ho, notamment « From uniformity to flexibility – The management of diversity and its impact on the EU system of governance », in De Búrca, G. and Scott, J. (eds.), *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 326 et s.

²⁷⁷ . V. H. Kortenbergh est également d'avis que les coopérations renforcées pourraient être un facteur de dynamisme, davantage que de division (« Closer cooperation in the treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, 1998, p. 854).

TITRE FINAL . —

DE LA SUBSIDIARITÉ À L'AVANT-GARDE

Pour conclure notre étude, nous voudrions revenir à la question initiale : les « coopérations renforcées » que nous avons examinées sont-elles en mesure, nonobstant leur variété, de préfigurer un modèle d'intégration différenciée pour l'Union européenne ?

La question préalable à cette interrogation est sans doute celle de savoir si ces diverses « coopérations renforcées » représentent une tendance lourde voire inéluctable, compte tenu par exemple des élargissements à venir, ou plus généralement des crises en cours et à venir. Notre étude le présuppose ; elle trouve d'ailleurs sa motivation profonde dans cette intuition que tôt ou tard, un certain nombre d'États membres voudront approfondir l'Union dite « politique », et que celle-ci ne pourrait se réaliser au sein d'une Union européenne de plus en plus hétérogène, dont les contours tendent à se rapprocher de ceux du Conseil de l'Europe. C'est l'idée de l'avant-garde, ou encore de cercles concentriques d'intégration, qui resurgit de temps à autre, et qui au fond se trouve déjà en germe dans le concept d'intégration à deux vitesses, notamment dans le rapport Tindemans de 1976. Il est vrai que le précédent des coopérations renforcées incite plutôt à penser que l'avenir réside davantage dans l'établissement de *plusieurs* cercles d'intégration au sein de l'Union européenne.

Quoi qu'il en soit, nous verrons qu'effectivement ces différentes coopérations renforcées démontrent qu'il est possible de recourir à une différenciation « constitutionnelle » au sein d'un cadre institutionnel unique, fût-il à géométrie variable. Ceci n'exclut cependant pas que cette avant-garde ou diverses coopérations intergouvernementales s'établissent en dehors de l'Union européenne.

Nous voudrions donc, au terme de cette étude, proposer quelques pistes de réflexions sur l'apport des coopérations renforcées dans la création d'un modèle de différenciation constitutionnelle pour l'Union européenne.

Auparavant, toutefois, nous souhaiterions revenir sur un autre paradigme de l'évolution constitutionnelle de l'Union européenne, à savoir le fameux principe de subsidiarité. Ce détour peut surprendre. Le principe de subsidiarité et les techniques de différenciation — qui ont tous deux des origines profondes dans la construction européenne — se sont en effet développés de façon relativement autonomes. Ils ont leur propre histoire et répondent à des besoins, réels ou illusoire, différents. Toutefois, la subsidiarité et le mécanisme de la coopération renforcée, voire les coopérations renforcées prédéterminées, recèlent des liens thématiques insoupçonnés²⁷⁸.

Ainsi, les coopérations renforcées pourraient refléter un moment intermédiaire entre deux pôles paradigmatique de l'évolution constitutionnelle de l'Union : la subsidiarité d'un part, et la formation d'une avant-garde d'autre part. A moins que les coopérations renforcées, ou les divers cercles d'intégrations, ne représentent la « médiété », à savoir la solution vertueuse du juste milieu²⁷⁹.

CHAPITRE 32. — DE LA SUBSIDIARITÉ AUX COOPÉRATIONS RENFORCÉES²⁸⁰

La thématique commune au principe de subsidiarité et aux coopérations renforcées comporte fondamentalement deux aspects. D'une part, la subsidiarité contient dans son esprit des germes de différenciation, et la coopération renforcée pourrait à cet égard procurer un cadre approprié pour la mise en oeuvre d'une subsidiarité différenciée (I.). Ensuite, la coopération renforcée elle-même pourrait bien constituer

²⁷⁸ . V. déjà V. Constantinesco, qui traite intuitivement ensemble les deux concept, mais sans en faire le rapprochement (« Les clauses de 'coopération renforcée'. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », *RTDE*, 1997, p. 751).

²⁷⁹ . Sur la notion de médiété, v. André Comte-Sponville, *Petit traité des grandes vertus*, Points, p. 14 et 15. « Toute vertu est un sommet, entre deux vices, une ligne de crête entre deux abîmes : ainsi le courage, entre lâcheté et témérité, la dignité, entre complaisance et égoïsme, ou la douceur, entre colère et apathie ... ». « C'est ce qu'on appelle parfois le juste milieu, ou la médiété, qui n'est pas médiocrité, mais son contraire : 'Dans l'ordre de la substance et de la définition exprimant la quiddité, la vertu est une médiété, tandis que dans l'ordre de l'excellence et du parfait, c'est un sommet' (Aristote, *Ethique à Nicodème*, II, 1107 a 5-7 de la traduction Tricot) ».

²⁸⁰ . Cette section est une version révisée d'une section publiée dans H. Bribosia, « De la subsidiarité à la coopération renforcée », in Y. Lejeune, *Le traité d'Amsterdam — Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 86 et s.

une nouvelle forme de subsidiarité, une subsidiarité qui vise non plus les rapports de compétence entre l'Union (ou la Communauté) et ses vingt-sept États membres, mais les relations entre l'Union des Vingt-sept et les cercles des États prenant part à une coopération renforcée (II.).

Mais revenons d'abord brièvement sur la portée matérielle de ce principe ²⁸¹. C'est le traité de Maastricht qui, après avoir formalisé le principe d'attribution des compétences, a établi le principe de subsidiarité formulé à l'article 3 B du TCE ²⁸² :

« Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. »

La compréhension traditionnelle de ce principe est qu'il vise à conditionner le déclenchement de l'exercice d'une compétence attribuée, tandis que le principe de proportionnalité déterminerait, le cas échéant, l'intensité et l'étendue de l'action communautaire ²⁸³. La portée du principe fut alors précisée dans le protocole sur l'application des principes du subsidiarité et proportionnalité accompagnant le traité d'Amsterdam.

« Pour être justifiée, une action de la Communauté doit répondre aux deux aspects du principe de subsidiarité: les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l'action des États membres dans le cadre de leur système constitutionnel national et peuvent donc être mieux réalisés par une action de la Communauté ».

Si cette précision apparaît plus neutre, car moins négative pour la Communauté, la formule n'en reste pas moins plus restrictive qu'un simple test d'efficacité

²⁸¹ . Sur ce sujet, et sur la portée de la subsidiarité « procédurale », H. Bribosia, *ibidem*, et notamment les références à la doctrine.

²⁸² . Devenu article 5, alinéa 2.

²⁸³ . L'alinéa 3 de l'article 5 du TCE dispose que « l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ». Pour une lecture différente, plus appropriée selon nous, v. K. Lenaerts et P. van Ypersele, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *CDE*, 1994, p. 60 et s.

comparative dès lors que ce test ne peut-être opéré qu'en cas d'inaptitude avérée des États membres ²⁸⁴. Ceci étant, la Cour de justice n'a jamais été amenée à invalider un acte communautaire pour avoir violé ce principe, ce qui n'exclut pas qu'il aie quelque influence dans la pratique législative.

I. — Les coopérations renforcées et la subsidiarité différenciée

La différenciation au sens large parmi les États membres de l'Union est inhérente à la construction européenne dans la mesure où les techniques d'intégration telles que les compétences concurrentes, les compétences d'exécution et les prescriptions minimales ont pour effet de laisser une marge discrétionnaire plus ou moins large aux États membres alors même que l'on se situe dans le champ d'application des traités ²⁸⁵. Dans cette optique, le principe de subsidiarité — qui tend à conditionner l'exercice des compétences de la Communauté et à préserver de la sorte celles des États membres — est également source de différenciation dans la réalisation des « objectifs de l'action envisagée » ²⁸⁶ par la Communauté. Cela semble par exemple être particulièrement le cas pour la politique sociale ²⁸⁷ et la politique environnementale ²⁸⁸

Mais la subsidiarité ne pourrait-elle pas aussi être source de différenciation au sens strict ? En effet, si l'inaptitude des États membres est le critère décisif de la subsidiarité, la question suivante vient à l'esprit : l'inaptitude d'un seul État membre suffit-elle à justifier au regard du principe de subsidiarité une intervention de la Communauté ? Ou faut-il, au contraire, que tous les États membres — ou du moins

²⁸⁴ . D'ailleurs, la prise en compte de la dimension et des effets de l'action communautaire envisagée ne constitue plus, dans le protocole d'Amsterdam qu'un simple ligne directrice pour déterminer si la condition de subsidiarité est remplie ? Deux autres lignes directrices, cumulative dans l'esprit de la délégation allemande, justifieraient l'action communautaire. D'abord, les aspects transnationaux de la question examinée, dans la mesure où, est il répété, ils ne peuvent pas être réglés de manière suffisante par les États membres. Ensuite, lorsqu' «une action au seul niveau national ou l'absence d'action de la Communauté serait contraire aux exigences du traité (comme la nécessité de corriger les distorsions de concurrence, d'éviter des restrictions déguisées aux échanges ou de renforcer la cohésion économique et sociale) ou léserait grandement d'une autre manière les intérêts des États membres ».

²⁸⁵ . Sur le concept de différenciation au sens large. *supra* Chapitre 28, section II. V. aussi G. De Burca qui se réfère dans cette optique à la « 'mild' differentiation ». (« Legal Principle as an instrument of differentiation ? The principles of proportionality and subsidiarity » in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 138).

²⁸⁶ . Article 5 du TCE (ex article 3B).

²⁸⁷ . S. Van Raepenbusch, D. Hanf, « Flexibility in Social Policy », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, pp. 75 à 77.

une certaine « masse critique » — soient réputés inaptes à réaliser les objectifs de l'action communautaire envisagée ? K. Lenaerts et P. van Ypersele ont suggéré de manière convaincante que la combinaison des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité permettait de « différencier les actions communautaires en fonction de la situation différente des États membres »²⁸⁹. Les conclusions d'Édimbourg disent la même chose, même si elles ne visent formellement que le principe de proportionnalité : « *Lorsque les difficultés sont localisées et n'affectent que certains États membres, l'action éventuellement requise au niveau de la Communauté ne doit pas être étendue aux autres États membres, à moins que cela ne soit nécessaire pour réaliser un objectif du traité* »²⁹⁰. Autrement dit, les critères de la subsidiarité pourraient constituer des critères de différenciation objective entre les États membres dans l'action communautaire. La subsidiarité différenciée se trouverait ainsi en germe dans les termes mêmes de l'article 5 du TCE²⁹¹.

Il n'en reste pas moins que cette question n'a jamais vraiment été approfondie par les institutions de l'Union lors de la mise en oeuvre de la subsidiarité. Peut-être faut-il même voir dans cette question l'une des causes principales du caractère peu opérationnel de la subsidiarité. La question est assurément délicate. L'exigence d'une inaptitude avérée ou réputée de la part de tous les États membres pour justifier toute action communautaire serait une source de blocage importante de la Communauté. Inversement, l'inaptitude d'un seul État membre ne pourrait fonder une action de la Communauté qu'en réduisant à néant l'utilité du principe de subsidiarité.

²⁸⁸ . G. De Burca, précité, 2001, p. 138 à 141.

²⁸⁹ . K. Lenaerts et P. van Ypersele, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *CDE*, 1994, p. 65 et s. V. aussi p. 70 : « ... *l'inaptitude d'un seul État membre suffit à permettre le déclenchement d'une action communautaire. Toutefois, l'action entreprise ne devra pas empiéter plus qu'il n'est indispensable sur la compétence résiduaire de chaque État membre. C'est pourquoi la Communauté devra apprécier le degré d'aptitude de chaque État, ce qui n'est pas une sinécure* ».

²⁹⁰ . Conclusions du Conseil européen d'Édimbourg du 11 et 12 décembre 1995, *Bull. CE* 12-1992, I.19. Une communication de la Commission semble aller dans le même sens (Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, 27 octobre 1992, SCE (92) 1990 final) : parmi les facteurs déterminants de l'article 3B, alinéa 2 du TCE (nouvel article 5), la communication recommande de prendre en compte « les distorsions potentielles lorsque *certain*s États membres sont en mesure d'agir et d'autres non », p. 2 (nous soulignons) .

²⁹¹ . Dans le même sens, v. aussi les réflexions finales de Antonio Estella, *The Principle Of Subsidiarity And Its Critique : A "Contextual" Analysis Of The Principle Of Subsidiarity*, European University Institute PH.D theses, 1997.

Quoi qu'il en soit, il n'a jamais non plus été question, à notre connaissance, de procéder à ce que nous avons appelé la différenciation matérielle entre les États membres sur base des critères objectifs de la subsidiarité.

En pareille perspective, le mécanisme relatif de la coopération renforcée pourrait avoir une fonction plutôt inattendue : mettre en oeuvre une subsidiarité différenciée, et dès lors redonner un sens et une certaine effectivité au principe de subsidiarité tout court ²⁹². Ainsi, la coopération renforcée pourrait constituer un cadre organisé permettant plus systématiquement de respecter le choix de certains États membres désirant une action communautaire — fût-ce dans un forum restreint — et d'autres estimant qu'ils sont plus aptes à réaliser eux-mêmes les objectifs communautaires. Surtout, les premiers ne pourraient en principe plus être empêchés par les seconds d'apprécier pour eux-mêmes la légitimité d'actions « communautaires » au regard de la subsidiarité. En effet, dès que la coopération renforcée est autorisée, en principe à la majorité qualifiée, le cercle des États y engagés décide pour lui-même. Inversement, les États qui ne participent pas à la coopération renforcée continueront d'exercer aussi longtemps qu'ils le désirent leurs compétences à titre individuel.

La subsidiarité porte donc en elle les germes de la différenciation interétatique. Elle justifie la différenciation, et la différenciation justifiée par la subsidiarité pourrait s'exprimer au mieux par le recours à une coopération renforcée.

Qu'en est-il des coopérations renforcées « dites » prédéterminées ? Elles aussi permettent, *a fortiori*, d'exprimer au niveau des traités, et donc des conférences intergouvernementales, une certaine idée de la subsidiarité différenciée. Tant est si bien que ces coopérations renforcées relègueraient, dans la pratique, tout débat sur la subsidiarité au second plan, voire le rendraient redondant.

II. — Coopérations renforcées : un nouveau type de subsidiarité ?

²⁹² . Dans le même sens, E. Philippart voit dans cette subsidiarité différenciée l'argument principal en faveur des coopérations renforcées (« Answering EU's Need for Policy Laboratories and Sub-Systemic Schemes : Reflection on the Reform of 'Closer Cooperation' », *Current Politics and Economics of Europe*, 2000).

Après avoir montré comment le mécanisme de la coopération renforcée pourrait rendre un nouvel élan à la subsidiarité « classique » — fût-elle différenciée —, on voudrait soumettre l'hypothèse qu'il pourrait aussi s'analyser comme une subsidiarité d'un nouveau type. En effet, de la même manière que la Communauté ne peut agir qu'à titre subsidiaire par rapport à ses États membres conformément à l'article 5 du TCE, une coopération renforcée ne peut être autorisée qu'à titre subsidiaire — en dernier ressort — par rapport à l'action de l'Union (ou de la Communauté) des Vingt-sept. Autrement dit, la subsidiarité classique permet à la Communauté de suppléer à l'action des États membres, tandis que les coopérations renforcées sont appelées à suppléer à l'action de l'Union.

Dans le même sens, nous avons déjà expliqué que la mise en œuvre du mécanisme de la coopération renforcée comporte potentiellement de nouveaux rapports de compétence ²⁹³. D'une part entre l'Union et les coopérations renforcées, avec une certaine prédominance, ou du moins *preemption* des actions conduites en coopérations renforcées sur celles de l'Union, ce qui est comparable dans une certaine mesure à la primauté ou la *preemption* de l'action de l'Union sur celles des États membres pris *ut singuli* ; et d'autre part entre la coopération renforcée et ses participants. De sorte que la coopération renforcée constituerait une sorte de niveau de pouvoir intermédiaire entre l'Union et ses États membres (mais un niveau de pouvoir en quelque sorte prédominant). Il en irait *a fortiori* de même pour les coopérations renforcées prédéterminées qui se définissent précisément par une différenciation effective des bases juridiques de compétence, correspondant à l'adoption d'actes en Conseil formation « réduite » qui ne s'appliquent qu'aux participants.

La subsidiarité classique et la nouvelle subsidiarité révèlent par ailleurs d'autres points communs. Ne fût-ce que d'un point de vue étymologique, il est singulier de constater que « subsidiarité » provient du mot latin *subsidium* qui signifie la « réserve », mais qui comprend également la notion d'aide, de soutien, de secours, et de *renfort* . Ensuite, les compétences communautaires exclusives doivent toujours être exercées dans le giron de la Communauté des Vingt-sept. Une coopération renforcée ne peut s'emparer de telles compétences, tout comme les critères de la subsidiarité définis à

²⁹³ . V. Chapitre 7.

l'article 5 du TCE ne peuvent conditionner l'exercice des compétences exclusives de la Communauté — et par correspondance, ne permettent pas aux États membres d'exercer ces compétences. De même, ni le principe de subsidiarité, ni l'établissement d'une coopération renforcée ne peuvent remettre en cause l'acquis communautaire ²⁹⁴.

Toutefois, la différence entre les deux types de subsidiarité est remarquable. La subsidiarité classique se base sur un critère d'insuffisance de l'action des États membres et avait pour but de freiner l'intervention communautaire dopée par le recours accru au vote majoritaire. La nouvelle subsidiarité se fonde quant à elle sur les « insuffisances » de l'Union ou de la Communauté, à savoir notamment les sources de blocage dans le processus décisionnel comme le vote à l'unanimité (voire un désaccord sur une question de subsidiarité classique...). Cette nouvelle subsidiarité est dès lors appelée à relancer une Union bloquée, fût-ce dans un format réduit, celui de la coopération renforcée, et en escomptant que celle-ci provoque un effet d'entraînement.

Le succès de la nouvelle subsidiarité d'Amsterdam sera-t-il aussi éphémère que celui de la subsidiarité de Maastricht ? L'on a montré ailleurs toute l'ambiguïté des objectifs assignés à la subsidiarité, l'inutilité d'une clause générale relative aux rapports verticaux de compétence et le caractère peu opérationnel de l'article 5 du TCE ²⁹⁵. En revanche, la différenciation constitutionnelle semble constituer une question majeure pour l'avenir de l'Union, pour allier son approfondissement à son élargissement. L'idée de créer une ou plusieurs coopérations renforcées dans le cadre constitutionnel de l'Union procure des avantages incontestables par rapport aux coopérations menées en dehors des traités communs, ne fût-ce que sur le plan du contrôle juridictionnel et parlementaire. L'expérience des accords de Schengen en atteste.

Ceci dit, nous avons disserté longuement sur les limites du mécanisme général de la coopération renforcée, notamment le fait qu'il se retrouve à cheval sur deux logiques principales. Si ce mécanisme reste aussi inutile et inutilisé que ne l'a été le principe de

²⁹⁴. *Comp.* le paragraphe 5 du protocole d'Amsterdam sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité et l'article 43, §1, e) du TUE (*post* Amsterdam, article 43, e) *post* Nice).

²⁹⁵. Sur ce sujet, v. H. Bribosia, « De la subsidiarité à la coopération renforcée », précité, 1998, p. 76 et s.

subsidiarité, on pourrait sincèrement se demander ce qui motive les Conférences intergouvernementales à négocier pendant des heures sur des principes ou mécanismes généraux et abstraits qui ne servent à rien (peut-être pour éviter d'aborder les vrais problèmes ?)

L'apport principal du traité d'Amsterdam, en fin de compte, sera sans doute d'avoir brisé un tabou, et ouvert une brèche vers un modèle généralisé d'intégration différenciée nécessaire pour gérer l'hétérogénéité croissante qui résultera des élargissements en vue de l'Union européenne, un modèle qui, au surplus, donnerait un sens nouveau au principe de subsidiarité.

C'est à ce modèle de différenciation constitutionnelle que sera consacrée la suite de nos réflexions finales de notre étude.

CHAPITRE 33. — DES COOPÉRATIONS RENFORCÉES À L'AVANT-GARDE

Au-delà de la catégorisation des techniques d'intégration différenciée, nous avons suggéré qu'elles pouvaient fondamentalement être mues par deux logiques, une logique d'efficacité décisionnelle, et une logique plus structurelle. Nous avons conclu que le mécanisme de la coopération renforcée, malgré son caractère généralisant et transversal, ne constituait ni un modèle pour la première logique, ni vraiment un modèle pour la seconde.

S'agissant de la première logique, qui correspond aussi au modèle de la différenciation au cas par cas, ou à la carte, nous avons proposé plusieurs alternatives au mécanisme de la coopération renforcée permettant de combiner directement la technique de différenciation à la procédure décisionnelle. Toutefois, rationaliser un tel modèle inspiré par le pragmatisme ne serait que maigre compensation par rapport au risque de fragmentation et de complexité au sein de l'ordre juridique de l'Union.

Dans les réflexions qui suivent, nous aimerions revenir à la seconde logique, celle de la différenciation structurelle, que nous pourrions aussi qualifier de

« constitutionnelle ». Nous réfléchirons à cet égard à un modèle rationalisé de cercles ‘*intersectés*’, un modèle qui généraliserait en quelque sorte l’approche des coopérations renforcées prédéterminées. Nous nous pencherons ensuite sur une vision encore plus radicale de la différenciation constitutionnelle consistant à créer des cercles d’intégration ‘concentriques’, en nous focalisant uniquement sur le cercle intérieur, celui d’une avant-garde. Mais celle-ci pourrait aussi s’établir en dehors de l’Union.

I. Vers un modèle rationalisé de cercles d’intégration ‘intersectés’ : les nouvelles « Communautés européennes » ?

Nous avons soutenu que la logique structurelle de la différenciation – qui inspire le modèle de la différenciation constitutionnelle – était au mieux incarné par les coopérations renforcées prédéterminées dans les traités par leur objet voire par l’identité du premier groupe de participants. L’inconvénient des coopérations renforcées prédéterminées existantes réside sans doute dans la diversité des modalités et dans le manque de systématisation.

En ce sens l’idée d’un mécanisme général pour établir un *modèle* général eut été une bonne idée s’il n’avait été handicapé par la conception initiale d’opérer en dernier ressort, au cas par cas, sur base d’un échec préalable et concret dans le processus de décision pour l’adoption d’un acte ponctuel. Le traité constitutionnel a en partie remédié à ce problème afin que le mécanisme puisse concerner « un champ d’action intermédiaire » d’une politique définie à la majorité qualifiée, et que l’on puisse en outre prévoir des conditions objectives de participation.

Idéalement, il faudrait encore amender le mécanisme général de façon à ce que les États membres désireux d’aller de l’avant puissent définir un ensemble plus large de politique publique, d’une amplitude comparable au champ d’action du protocole social de Maastricht, des accords de Schengen, de l’Union monétaire, ou des missions de Petersberg « les plus exigeantes » ; et qu’ils puissent définir ce champ d’action si non de façon autonome, du moins en évitant le recours à un vote à l’unanimité pur et simple. On pourrait aussi envisager que la définition du champ d’action puisse dépasser le cadre des compétences de l’Union.

Ce dernier point est comparable, s'agissant d'autonomie des coopérations renforcées, au système de passerelle organisé par le traité constitutionnel : ce système autorise en effet les participants à choisir entre eux des procédures de décision plus supranationales que celles prévues par les traités communs. D'ailleurs si les coopérations renforcées pouvaient s'engager au delà du cadre potentiel des compétences de l'Union, leurs participants devraient forcément aussi établir des procédures de décision *ad hoc*. Enfin, sans doute faudrait-il aussi revoir certaines conditions matérielles susceptibles de limiter le champ d'action des coopérations renforcée (non-discrimination, etc.), et encadrer le recours aux coopérations hors Union.

De la sorte se profilerait un modèle constitutionnel pour une Union européenne à géométrie variable, reposant sur un socle commun et divers *cercles d'intégration 'intersectés'* ²⁹⁶, c'est-à-dire où certains États membres pourraient appartenir à plusieurs de ces cercles comme le suggère l'effigie du drapeau olympique, voire à l'ensemble des différents cercles. Autrement dit, chaque cercle pourrait être composé différemment, comme c'est déjà le cas s'agissant du cercle de l'euro et du cercle Schengen, et comme cela pourra être le cas du cercle 'structuré permanent' en matière de défense. Telle était déjà l'idée suggérée par l'ancien premier ministre français Edouard Balladur d'organiser l'Europe en différents cercles d'intégration ²⁹⁷, et qu'il a de nouveau développée récemment ²⁹⁸. Il y aurait le cercle de « droit commun » correspondant à l'Union actuelle dans son ensemble, un cercle extérieur de partenariat avec les voisins de l'Union, et enfin un troisième cercle qui serait celui des coopérations spécialisées dans différents domaines (notamment l'harmonisation

²⁹⁶ . Sur cet adjectif utilisé en mathématique moderne et en informatique, v. <http://www.cnrtl.fr/lexicographie>. *Intersecter, verbe transitif : Effectuer une intersection de.* « Réunissez ou intersectez deux sous-ensembles, le résultat est encore un sous-ensemble » (JOLLEY, Trait. inform., 1968, p. 223). Au participe passé employé comme adjectif. « Dans une classification (...), chaque objet ne possède qu'une propriété, intégralement réunie ou spécifique, quel que soit le nombre de propriétés intersectées ou génériques qu'il puisse comprendre (JOLLEY, Trait. inform., 1968, p. 108). *Intersection : Partie commune à deux ensembles. Être en intersection.* « Former l'intersection de deux classes ou ensembles par exemple des H (propriétés) consiste à diriger notre attention sur l'ensemble dont les membres (en l'occurrence des objets) sont membres à la fois des deux ensembles intersectés » (JOLLEY, Trait. inform., 1968, p. 51).

²⁹⁷ . E. Balladur, « Pour un nouveau traité de l'Élysée », *Le Monde*, 30 novembre 1994.

²⁹⁸ . E. Balladur, *L'Europe autrement. Enfin un plan B*, Fayard, 2006. V. aussi « Une Union sans uniformité », *Le Figaro*, 11 mars 2005.

fiscale et sociale). Il ne s'agit donc pas de cercles 'concentriques', comme on a pu le lire ici et là, puisque les cercles concentriques évoquent plutôt l'idée d'une avant-garde unique au sein (ou à côté) de l'Union (v. ci-dessous).

Tel pourrait être le modèle constitutionnel pour une Union européenne à géométrie variable. Compte tenu de la différenciation des rapports de compétence, il serait intéressant, dans une étude ultérieure, de faire le rapprochement avec les systèmes fédéraux asymétriques, comme en Espagne ou au Canada ²⁹⁹.

D'autres domaines à même de faire l'objet d'un cercle particulier pourraient être l'Europe sociale, la politique énergétique ou le changement climatique. Et pourquoi pas revenir au concept de « Communauté européenne » pour désigner chacun de ces sous-ensembles agissant au sein d'un cadre constitutionnel commun et unique, celui de l'Union européenne ?

Naturellement, on pourrait aussi imaginer que ces cercles d'intégration continuent à être prédéterminés directement au niveau des traités, plutôt que d'être issus d'un mécanisme général. Il faudrait alors qu'à tout le moins la création de ces futures « Communautés européennes » s'inspire d'une approche générale et cohérente. Par conséquent, même en procédant de la sorte, le recours aux modalités établies par le mécanisme général pourrait encore continuer de servir de cadre de référence résiduel, comme c'est en partie le cas pour les coopérations renforcées « développement de Schengen », et comme cela avait été prévu par la Convention européenne s'agissant de la coopération structurée permanente en matière de défense.

D'autres aménagements pourraient également être envisagés afin d'approfondir la logique structurelle des coopérations renforcées, y compris celle des coopérations prédéterminées existantes, autrement dit pour approfondir l'autonomie, et partant l'attrait, des cercles d'intégration 'intersectés'. Il en irait ainsi si on autorisait le Conseil restreint d'une coopération renforcée à se réunir sans la présence des non participants, comme cela pourrait être le cas de la coopération structurée permanente

²⁹⁹ . V. à ce sujet le très original A.A.M. A.schrauwen (ed.), *Flexibility in constitutions : Forms of closer cooperation in federal en non-federal settings*, Hogendorp Centre for European Constitutional Studies, Amsterdam, 1999.

(telle que régie par le traité constitutionnel) ³⁰⁰. On éviterait aussi de la sorte la création de structure parallèle telle que l'*Eurogroupe*. Autre exemple d'aménagement moins soumis à controverse : chaque cercle ne pourrait-il être en droit d'organiser librement et de façon *ad hoc* l'organisation de la présidence des formations du Conseil agissant en formation « réduite » ?

Surtout, la logique « structurelle » des coopérations renforcées, quelles qu'elles soient, voudrait que l'on examine de près la possibilité de faire fonctionner le Parlement européen dans une géométrie variable lorsqu'il est fait recours à la procédure législative ordinaire. Ce dernier point nous amène à suggérer que, dans l'état actuel des choses, la logique « structurelle » sera plus facilement envisageable dans des domaines où la méthode communautaire ne joue pas à plein, en particulier où le Parlement n'est pas co-législateur, comme c'est par exemple le cas en matière de défense, ou très rarement dans le cadre de l'UEM ou du titre IV du TCE. A l'inverse, le fait de ne pas envisager une adaptation de la composition du Parlement européen de façon analogue à celle du Conseil dans les affaires soumises à la procédure de co-décision pourrait constituer un obstacle majeur au développement des cercles d'intégration '*intersectés*' ³⁰¹.

II. Vers une avant-garde ?

S'agissant de différenciation constitutionnelle de l'Union, une idée voisine de celle des cercles d'intégration et plus radicale a également progressé depuis une quinzaine d'année, à savoir celle d'un cercle restreint unique dont les participants approfondiraient davantage le processus d'intégration entre eux, au sein ou en dehors du cadre institutionnel de l'Union. C'est l'idée d'une Union européenne à deux niveaux, ou encore à deux vitesses, dont un niveau ferait office d'avant-garde. C'est l'idée des cercles concentriques (qui entrevoit aussi un cercle extérieur à la grande

³⁰⁰ . Il semble qu'actuellement le Danemark participe aux délibérations du Conseil en matière de défense, malgré son régime d'exemption en ce domaine. La délégation britannique était aussi invitée à la table du Conseil lorsqu'il agissait sur base du protocole social, sans participation active. En revanche, le Conseil des gouverneurs de la BCE n'intègre pas les non participants à la monnaie unique. Ceux-ci se retrouvent seulement de la Conseil général.

³⁰¹ . Sur cette question, v. aussi *supra* Chapitre 29, section I, et ci-dessous, section III.

Union), ou encore celle de la distinction chère à Valéry Giscard d'Estaing entre l'Europe espace et l'Europe puissance.

Ces idées trouvent probablement leur origine dans la proposition de François Mitterrand, au lendemain de la chute du mur de Berlin, de créer une Confédération européenne qui aurait rassemblé d'emblée tous les États européens au sein d'une nouvelle organisation, autre que le Conseil de l'Europe ³⁰². Il est vrai que, de par la création de cette Confédération, l'avant-garde aurait alors été constituée de la Communauté européenne de l'époque.

Par après, l'idée se retrouve dans le concept de « noyau dur » (« *feste Kern* ») exposé dans le document de réflexion de K. Lammers et W. Schaüble pour le compte de la CDU/CSU en septembre 1994 ³⁰³. Bien que les membres de ce noyau dur « axés sur l'intégration » furent désignés (Allemagne, France et les trois pays du Benelux), la proposition demeurait peu précise en terme d'implications institutionnelles. Elle se limitait à évoquer des initiatives communes visant à promouvoir le développement de l'Union, ou encore des coopérations dans les nouveaux domaines d'action prévus par les traités à venir. Cette proposition doit d'ailleurs être remise dans le contexte de l'époque, car elle visait notamment à mettre la pression sur certains États, en particulier l'Italie, pour respecter les critères de convergence : en effet, à cette époque, seul un petit groupe d'États membres étaient pressentis pour entrer dans la troisième phase de l'UEM ³⁰⁴.

C'est également, nous l'avons déjà vu ³⁰⁵, la perspective de l'Union économique et monétaire qui incita R. Smits à conclure que celle-ci ne pourrait survivre dans un cadre institutionnel unique, sans son propre « *political roof* ». Son idée alternative au modèle retenu par le traité de Maastricht eut été de créer une sorte de « Schengen

³⁰² . Sur cette proposition, v. l'interview de Catherine Lalumière, ancienne Secrétaire générale du Conseil de l'Europe, sur le site <http://www.ena.lu/mce.cfm>.

³⁰³ . « Kern Europa » in Document du groupe parlementaire CDU/CSU du Parlement allemand (*Bundestag*) sur l'avenir de l'unification européenne, "Réflexions sur la politique européenne", *Agence Europe Documents*, n° 1895/96, 7 septembre 1994. V. aussi les idées visionnaires de Carlo Trojan en 1984 sur la Communauté à deux étages, in Asser Institut, précité, 1985.

³⁰⁴ . A. Pijpers (ed.), *On cores and Coalitions in the European Union – The Positions of Some Smaller Member States*, www.clingendael.nl, p. 8.

monétaire » en dehors de l'Union, mais dans une structure institutionnelle clairement supranationale. Cette structure aurait alors pu se transformer en véritable union politique, de nature fédérale, couvrant toutes les « *core activities* ». Cette entité aurait rassemblé tous les États désireux et capables à relativement court terme d'adhérer à la monnaie unique, sans aucune différenciation. Les autres États auraient été invités à collaborer avec cette Union refondée dans le cadre d'un cercle concentrique extérieur, un peu sur le modèle de l'Espace économique européen.

L'idée d'avant-garde transparaît de même dans la suggestion du Club de Florence de créer une « *Communauté politique* » restreinte, laquelle agirait dans le cadre institutionnel de l'Union, mais à géométrie variable ³⁰⁶. La technique suggérée s'inspirerait du protocole social de Maastricht, à savoir une habilitation de l'ensemble des États membres en faveur des futurs membres de la Communauté politique leur permettant de développer davantage l'Union économique et monétaire, la Politique étrangère et de sécurité commune, et la sécurité intérieure. La Communauté politique resterait ouverte, et disposée à collaborer selon des mécanismes préétablis avec ceux qui ne peuvent encore ou ne veulent pas la rejoindre ³⁰⁷. Le cadre commun de l'Union économique et monétaire est pris en exemple pour assurer les relations entre la Communauté politique et les non participants. L'originalité de cette suggestion réside notamment dans le fait que l'avant-garde pourrait agir à la fois dans le cadre institutionnel de l'Union et en dehors de celui-ci, en l'occurrence chaque fois qu'il y aurait un risque de paralysie de l'Union dans son ensemble ³⁰⁸.

L'on sait que le traité d'Amsterdam a finalement accouché d'autres formules, à savoir le mécanisme de la coopération renforcée, l'abstention constructive, et des régimes d'exemption au profit de trois États membres. Autrement dit des formules qui risqueraient, selon le Club de Florence, de conduire à « l'éparpillement » ou à « une

³⁰⁵ . Sur l'ouvrage de R. Smits de 199, v. *supra* les Remarques finales de la deuxième partie, section IV.

³⁰⁶ . Club de Florence, *Europe, l'impossible statu quo*, Editions Stock, Paris, 1996 (préface par J. Delors), pp. 223 à 247. V. aussi ci-dessous.

³⁰⁷ . Ceux qui ne le peuvent bénéficieraient d'un régime transitoire, Club de Florence, 1996, précité, p. 235.

³⁰⁸ . Club de Florence, 1996, précité, p. 240. Selon l'auteur, ce risque serait plus élevé lorsque l'avant-garde agirait dans le cadre des compétences communautaires que celui des domaines intergouvernementaux (p. 239).

Europe fragmentée en plusieurs ensembles (qui) risquerait fort de ressembler à un corps sans tête, dont les membres se meuvent sans coordination »³⁰⁹.

Le sujet est pourtant revenu dans les discours au moment de la Conférence intergouvernementale conduisant au traité de Nice, sans exclure qu'un des motifs fut à nouveau de mettre la pression sur les partenaires de la négociation. D'abord par l'entremise de Joschka Fischer, ministre allemand des affaires étrangères de l'époque, qui suggérait que la pratique récurrente de coopérations renforcées pourrait préfigurer, tôt ou tard, un « *centre de gravité* »³¹⁰ au sein ou à côté de l'Union. Le Président Jacques Chirac lui emboîtait le pas avec le concept de « groupe pionnier »³¹¹. Valéry Giscard d'Estaing et Helmut Schmidt proposaient quant à eux que les « *Européens de l'euro* » prennent l'initiative de créer une entité plus restreinte avec des institutions propres³¹². On le voit, à l'instar de la coopération renforcée, l'idée de la « petite Europe » dans la grande est une idée proprement franco-allemande, bien que la chancelière actuelle Angela Merkel paraisse réticente à ces idées.

Jacques Delors est connu pour être l'un des premiers à avoir défendu l'idée d'une *avant-garde* au sein de l'Union, idée qu'il préférait au concept des coopérations renforcées dont la multiplicité serait contraire, selon lui, à la transparence et la responsabilité démocratique³¹³. L'ancien Président de la Commission n'a jamais vraiment développé dans le détail les modalités entourant cette éventuelle avant-garde. Tout au plus insiste-t-il sur le caractère ouvert de celle-ci et sur la dynamique positive pour l'intégration. Il associe aussi parfois cette avant-garde à la *Fédération d'États-nations* qu'il appelle de ses vœux. Celle-ci aurait son propre Conseil des ministres et son propre Parlement, mais partagerait une Commission unique avec

³⁰⁹ . Club de Florence, 1996, précité, p. 232.

³¹⁰ . « De la Confédération à la Fédération - réflexion sur la finalité de l'intégration européenne », Discours prononcé à l'Université Humboldt de Berlin, le 12 mai 2000, précité dans l'introduction générale. Sur ce discours, v. Ch. Joerges, Y. Mény et J.H.H. Weiler (eds), *What kind of Constitution for what kind of Polity ? Responses to Joschka Fischer*, RSCAS, European University Institute, Harvard Law School, Florence, 2000.

³¹¹ . Discours prononcé devant le Bundestag. Berlin, Mardi 27 juin 2000, précité dans l'introduction générale. V. aussi sur ces deux discours, J.V. Louis, « Post-Scriptum : From Differentiation to the 'Avant-garde' », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, pp. 382 et s.

³¹² . *Le Figaro* du 10 avril, « La leçon d'Europe » (BQE, 17 et 18 avril 2000).

³¹³ . Europe 6949, 7/8 avril 1997, p. 2.

l'Union dans son ensemble ³¹⁴. Pourtant, depuis plusieurs années, Jacques Delors semble avoir renoncé à ce concept d'avant-garde, et même à celui de coopérations renforcées, notamment pour ne pas fâcher les douze nouveaux États membres que ces termes inquiètent ³¹⁵. Mais il continue à promouvoir le recours à la différenciation en évoquant les précédents de l'UEM et de Schengen, c'est-à-dire l'idée des cercles intersectés. « Il n'y a pas d'avenir pour le progrès continu de l'Europe en dehors de cette voie » dit-il ³¹⁶, notamment pour concilier l'élargissement avec l'approfondissement. Il rappelle souvent la phrase de Genscher « on ne peut obliger un pays à aller plus loin qu'il ne veut aller, mais, à l'inverse, ce pays ne peut empêcher les autres de le faire » ³¹⁷. Ainsi, les objectifs de la « grande Europe » pourraient se limiter, du moins dans un premier temps, à la consolidation de l'espace de paix, de reconnaissance mutuelle et de sécurité ; à créer un cadre pour un développement durable et solidaire ; à stimuler la diversité culturelle ³¹⁸.

Quelques mois avant que la Conférence intergouvernementale de 2003-2004 n'adopte le traité constitutionnel, la vision d'une Europe à deux niveaux a aussi été ostensiblement abandonnée, tant du côté allemand que français, pour en revenir à une approche plus pragmatique des coopérations renforcées, nous l'avons déjà évoqué dans l'introduction générale de notre étude. On évoque dorénavant *des* groupes pionniers, tandis que la monnaie unique et l'espace Schengen sont pareillement cités en exemple comme modèle pour d'autres domaines tels que la coordination des politiques économiques au sein de la zone euro, l'espace de sécurité et de justice, la politique étrangère et la politique de la défense.

³¹⁴ . V. notamment « An 'Avant-garde' driving the European unification process forward », discours prononcé à « The International Bertelsmann Forum 2001 – 'Europe without borders' », January 19-20 2001, <http://www.notre-europe.eu>. Dans ce discours, il rappelle à nouveau son inquiétude à l'égard des coopérations renforcées « I fear that if we have too many actions of reinforced co-operation, there will be enormous confusion about who is doing what and a lack of any guide or map showing us where we are going ».

³¹⁵ . V. notamment l'intervention orale lors de la Conférence TEPSA à Helsinki, 13 juin 2006 ; V. encore le discours de Delors devant le groupe socialiste du PE, le 22 mars 2006 à l'occasion de la fête pour son 80ème anniversaire, <http://www.notre-europe.eu>.

³¹⁶ . J. Delors, Introduction au débat sur l'avenir de l'Europe – *Pour un retour aux sources*, Sénat de Belgique, 16 mars 2007 (www.Senat.be)

³¹⁷ . V. par exemple son exposé au Collège de Parme, 5 novembre 2005 : *L'unité de l'Europe : un projet pour le 21 ième siècle*. <http://www.notre-europe.eu>

³¹⁸ . « Europe : il faut faire revoter les Français », *Les Echos*, 23 mars 2007 ».

Toutefois, l'idée d'une avant-garde est revenue en force avec la crise profonde résultant des référendums négatifs français et néerlandais à l'égard de la Constitution européenne ³¹⁹. D'abord avec le premier ministre belge Guy Verhofstadt et son plaidoyer pour la création des « Etats-Unis d'Europe », dans la lignée de Victor Hugo, Winston Churchill et Jean Monnet. Cette entité de nature fédérale se fonderait sur un groupe pionnier homogène de développant autour de la zone euro. Un deuxième cercle, celui de l'Union européenne élargie, constituerait une entité confédérale, l'« Organisation des États européens » ³²⁰. Ensuite, c'est en France, à la veille des élections présidentielles du 6 mai 2007 que le concept de l'Europe des deux cercles a refait surface ³²¹. Le premier ministre italien Romano Prodi semble dorénavant s'inscrire dans la même ligne en évoquant un « *nucleo minimo di paesi* » ³²², une Europe à deux vitesses ³²³, ou encore une Europe à « densité variable » ³²⁴. Le ministre belge des affaires étrangères a également évoqué le concept d'avant-garde dans l'hypothèse ou le nouveau traité devant remplacer le traité constitutionnel s'avérait trop minimaliste ³²⁵. Le Chancelier autrichien a également fait part de sa préférence d'une « Europe à la carte » pour préserver la substance du traité constitutionnel dont toutes les parties ne devraient pas nécessairement s'appliquer de la même façon à tous les États membres ³²⁶.

III. Vers une « Communauté politique européenne » : comment réaliser l'avant-garde ?

³¹⁹ . V. déjà P. Ponzano, « Après l'échec du Sommet de Bruxelles : Constitution européenne ou coopérations renforcées », *RDUE*, 3/ 2003.

³²⁰ . G. Verhofstadt, *Les États-unis d'Europe*, Editions Luc Pire, Bruxelles, 2006.

³²¹ . V. par exemple Riccardi selon qui cette doctrine est pratiquement devenu la doctrine française officielle, *Agence Europe* n° 9385 du 14.3.2007. Il cite notamment F. Bayrou : « *it will undoubtedly be necessary for some to move forward as pioneers. The basis of this political Europe will be the eurozone countries. The first European circle will be built upon this relatively broad basis that is open to those that accept the principles and responsibilities incorporated into democratic and not intergovernmental procedures. This will not be an 'à la carte' Europe'... but the articulation of a Europe with more breadth, a Europe of trade, legal regulation and democracy and a Europe that is more compact, constituted upon its foundations by those who strive further and have further goals* ».

³²² . ANSA, Lisbona, 2 mai 2007.

³²³ . La Stampa du 3 mai 2007 ; v. aussi Le Figaro, 10 mai 2007 : « Pourquoi nous avons besoin d'une Europe forte » .

³²⁴ . La Repubblica, 16 mai 2005, p. 21. V. aussi l'intervention de Romano Prodi devant le Parlement européen, le 22 mai 2007.

³²⁵ . Karel De Gucht, « Towards a Union that is fit for the global era », Speech at the EUI, Florence, 17 mai 2007, <http://www.iue.it/PUB/DeGuchtMay2007.pdf>.

³²⁶ . « Blockade Europas beseitigen », Die Presse, 5 juin 2007, p. 4.

Si l'idée de la « petite Europe » n'est pas neuve et resurgit encore de nos jours, elle n'a jamais été vraiment développée sur un plan plus technique, si ce n'est un peu dans la littérature ³²⁷. Nous voudrions débroussailler quelque peu la problématique en profitant des enseignements de notre étude.

Tout d'abord, l'idée de l'avant-garde suppose qu'il y ait coexistence de deux entités, et qu'un certain nombre d'États membres appartiennent à ces deux entités : l'Union dans son ensemble, et l'avant-garde. Cette coexistence peut être envisagée comme une « cohabitation » dans un cadre organisationnel commun, ce qui suppose un accord unanime de tous les États membres. Deux formules sont envisageables pour aboutir ainsi à deux « cercles concentriques », d'abord celle de l'avant-garde prédéterminée dans un traité commun (1.), ensuite celle de l'entrée en vigueur partielle d'un nouveau traité de révision (2.). L'avant-garde coexistant avec l'Union dans son ensemble pourrait aussi s'établir en dehors du cadre organisationnel commun, en concluant un traité parallèle qui créerait une nouvelle structure propre à l'avant-garde (3.). Cette dernière formule a l'avantage de ne pas requérir d'accord exprès des autres États membres.

Toute autre serait l'hypothèse d'une séparation dans le chef d'un certain nombre d'États membres, de sorte que ne subsisterait qu'une entité plus réduite, voire une deuxième qui se reconstituerait autour des États qui se seraient retirés. Quelles que soient alors les ambitions de l'une ou de l'autre entité, on ne pourrait plus évoquer à proprement parler une 'avant-garde' dès lors que ces deux entités coexisteraient *sans* double appartenance dans le chef d'un certain nombre d'État membres (4.).

A. Une avant-garde prédéterminée au sein de l'Union (dans un 'traité commun') ?

³²⁷ . B. De Witte, « The Process of Ratification and the Crisis Options : A Legal Perspective », in D. Curtin, A. Kellermann et S. Blockmans (eds), *The EU Constitution : The Best Way Forward*, The Hague, T.M.C Asser Press, 2005, p. 21; L.S. Rossi, « En cas de non-ratification...Le destin périlleux du 'Traité-Constitution' », *RTDE* 2004, p. 621 ; du même auteur, « Una costituzione a geometria variabile ? » in M.L. Tufano (a curia di), *Cantiere Europa, La riforma istituzionali dell'Unione*, Napoli, 2004, p. 227. E. Philippart, « Preparing for constitutional crisis - classical options, 'enhanced Union' or 'Union refondée' », European Policy Centre, *working paper*, 2003.

Si tous les États membres sont d'accord pour que soit constituée une avant-garde, il suffit de créer au niveau du traité commun, non pas plusieurs coopérations renforcées prédéterminées, mais une seule. Pour ce faire, les modèles ne manquent pas, nous avons pu le constater tout au long de cette étude. Ils pourraient d'ailleurs se combiner. La technique du protocole social de Maastricht semble la plus claire et la plus simple pour créer cette avant-garde et définir son champ d'action ; le précédent de la zone euro et le mécanisme de la coopération renforcée pourrait inspirer le fonctionnement de l'avant-garde et ses relations avec les États membres n'en faisant pas partie, ainsi qu'avec l'Union dans son ensemble. Les premiers États participants pourraient effectivement être ceux qui ont adopté la monnaie unique, compte tenu de la dimension politique de ce groupe, et compte tenu des politiques connexes comme la politique économique dont le développement pourrait être intimement lié à celui de la monnaie unique. Le principe d'ouverture serait de mise, à moins que des critères de convergence « politique » ne soient préalablement agréés par tous les États membres.

Ainsi serait créée la petite Europe, que nous proposons de dénommer « *Communauté politique européenne* », au sein de la grande Union. Les deux Europe fonctionneraient au sein d'un cadre institutionnel unique, mais à géométrie variable en ce qui concerne le Conseil, et sans doute aussi le Parlement européen. La nature supranationale de la Commission et de la Cour de justice permet que leur composition demeure unique, ce qui d'ailleurs devrait renforcer la cohérence des deux ensembles en question et de leur action respective. La suggestion du Club de Florence précise cependant que le pouvoir d'initiative de la Commission ne devrait pas être exclusif s'agissant de la « Communauté politique »³²⁸, et que d'autres organes *ad hoc* pourraient jouer un rôle d'impulsion au sein de celle-ci, notamment en matière de défense et de sécurité intérieure³²⁹. Quant au Parlement européen, il est vrai que sa composition variable contredirait l'idée que les parlementaires représentent l'ensemble de l'Union et non pas seulement leur pays d'origine. Toutefois, à ce stade de l'intégration, la représentation d'un peuple européen, ou même d'un corps électoral homogène est plus proche de la fiction que de la réalité, de sorte que l'on comprendrait mal que le

³²⁸ . Club de Florence, 1996, précité, p. 242.

³²⁹ . Club de Florence, 1996, précité, p. 246.

Parlement européen dans sa totalité se prononce sur des actes législatifs ne s'appliquant par exemple qu'à un tiers des États ³³⁰.

Plus généralement, d'autres aménagements pourraient, ici aussi, viser à supranationaliser davantage les procédures de décision et les instruments d'action de la Communauté politique européenne ; ou du moins à conférer une certaine autonomie à cette avant-garde afin qu'elle puisse approfondir elle-même la supranationalité de son système.

L'avant-garde prédéterminée pourrait également résulter d'exemptions accordées à quelques États membres dans certains domaines. L'avantage de cette formule serait qu'on puisse y avoir plus facilement recours après avoir essayé l'adoption d'un traité uniforme pour tous.

B. Entrée en vigueur partielle d'un nouveau traité de révision ('un traité dans le traité') ?

Par comparaison, il est une autre formule souvent envisagée qui ne peut en principe pas fonctionner. C'est celle de l'entrée en vigueur partielle, c'est à dire différenciée, d'un traité révisant les traités communs, ou d'un traité constitutionnel du genre de celui qui a été adopté le 29 octobre 2004, par exemple à l'égard des deux tiers ou quatre cinquièmes des États membres qui auraient ratifié le traité en question.

Le précédent le plus connu est le projet Spinelli « instituant l'Union européenne » de 1984 ³³¹. Son article 82 prévoyait que son entrée en vigueur, sans être automatique, était envisageable dès que la majorité des États membres représentant les deux tiers de la population l'auraient ratifié ³³². Dans l'hypothèse où le nouveau traité serait entré

³³⁰ . En ce sens, Club de Florence, 1996, précité, p. 243, l'alternative étant de réduire les pouvoirs du Parlement européen à un rôle purement consultatif.

³³¹ . Sur le projet Spinelli, v. F. Capotorti, M. Hilf, F. Jacobs, J.P. Jacqué, *Le traité d'union européenne*, éd. de l'université de Bruxelles, 1995. R. Bieber, J.P. Jacqué, J.H.H. Weiler, *An Ever Closer Union : A Critical Analysis of the Draft Treaty Establishing the European Union*, European University Institute, 1985.

³³². Une fois cette majorité acquise, les gouvernements des États membres auraient été amenés à décider de la date d'entrée en vigueur du traité — ce qui permettait éventuellement de la reporter jusqu'à la ratification de tous les États —, voire des procédures supplémentaires telles par exemple une nouvelle consultation du Parlement européen voire l'organisation d'un référendum. Une fois cette

en vigueur à l'égard d'un certain nombre seulement des États membres, les relations à établir avec les autres n'auraient alors pu être déterminées que de commun accord, sous peine de « rupture illicite de l'ordre juridique communautaire »³³³, et dès lors au risque d'engager la responsabilité internationale des signataires du nouveau traité. En effet, l'article 48 du TUE, qui impose l'unanimité pour toute révision des traités, devrait en principe interdire toute modification « *inter se* » au sens de l'article 41 de la Convention de Vienne. Celui-ci protège les droits acquis de tous les États parties au traité commun initial, et surtout n'accepte pas les accords *inter se* lorsque le traité initial l'interdit (ce qu'il fait indirectement en requérant l'unanimité à l'article 48 du TUE)³³⁴.

Il en allait *a fortiori* de même avec le projet de « Constitution européenne » sous l'égide de Fernand Herman (1994), puisque cette constitution serait quant à elle entrée automatiquement en vigueur dès que la majorité des États représentant les quatre cinquièmes de la population l'auraient ratifiée (article 47). Les autres États auraient été forcés à l'échéance de sortir de l'Union quitte à conclure des accords particuliers avec celle-ci. Comparée à la formulation de l'article 82 du projet Spinelli, celle-ci apparaît plus radicale et plus propice à une violation du droit international.

Il en irait sans doute de même avec un traité constitutionnel comme le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Car même si ce dernier remplace

majorité acquise, les gouvernements des États membres auraient été amenés à décider de la date d'entrée en vigueur du traité — ce qui permettait éventuellement de la reporter jusqu'à la ratification de tous les États —, voire des procédures supplémentaires telles par exemple une nouvelle consultation du Parlement européen voire l'organisation d'un référendum. Une fois cette majorité acquise, les gouvernements des États membres auraient été amenés à décider de la date d'entrée en vigueur du traité — ce qui permettait éventuellement de la reporter jusqu'à la ratification de tous les États —, voire des procédures supplémentaires telles par exemple une nouvelle consultation du Parlement européen voire l'organisation d'un référendum. Sur ce point, v. Capotorti et autres, précité, 1985, pp. 284 et s.

³³³. Capotorti et autres, précité, p. 285.

³³⁴. C'est d'ailleurs probablement une des raisons pour laquelle le projet Spinelli, tout comme le projet Herman, se sont inscrits, semble-t-il, en dehors de la procédure de révision prévue par les traités en vigueur. De la sorte, c'est un nouveau traité « successif » au sens de l'article 30 de la Convention de Vienne qui serait entré en vigueur partiellement, c'est à dire de façon différenciée. Cela étant, l'article 30, § 4, b) impose aussi de ne pas affecter les droits des parties au traité antérieur qui n'ont pas pris part au traité postérieur.

formellement tous les traités antérieurs, il s'est inscrit explicitement dans le cadre de la révision des traités antérieurs sur base de l'article 48 du TUE.

Dans tous ces cas, même si l'on avait procédé, ou procédait, à une modification préalable de l'article 48 du TUE autorisant l'entrée en vigueur partielle d'un nouveau traité de révision, il resterait que, de l'avis unanime, la coexistence du nouveau traité et des anciens traités communautaires rendrait pratiquement impossible l'articulation de deux groupes régis par des règles différentes au sein d'une même organisation. Les traités non modifiés devraient en effet continuer de s'appliquer dans les relations entre les États membres qui n'auraient pas ratifié le traité de révision, ainsi que dans les relations entre eux et ceux qui auraient adopté le nouveau traité de révision. Cela a été démontré de façon convaincante à propos du projet Spinelli dont l'entrée en vigueur partielle aurait supposé la coexistence au sein d'un même cadre institutionnel d'une « Union » réduite avec les Communautés européennes des Douze d'alors ³³⁵. En particulier, selon nous, aucune indication n'était donnée sur l'aménagement éventuel des institutions, ou à tout le moins du Conseil, à géométrie variable, pour le fonctionnement de l'avant-garde.

Le seul moyen de réussir cette coexistence serait de faire en sorte que l'entrée partielle d'un nouveau traité corresponde au schéma décrit ci-dessus de la création d'une avant-garde prédéterminée. Cette articulation pourrait être régie soit en combinaison avec l'amendement préalable en ce sens de l'article 48 du TUE, soit même directement dans la clause d'entrée en vigueur du nouveau traité de révision, ce qui semble d'ailleurs plus pratique. Surtout, il faudrait faire en sorte que le contenu du nouveau traité soit conçu en fonction de cette future coexistence. Imaginons par exemple que le nouveau traité de révision corresponde au contenu de l'accord social annexé au protocole social de Maastricht qui devait renforcer le chapitre sur la politique sociale du TCE. Ce nouveau traité de révision pourrait alors disposer qu'il entrera en vigueur dès que deux tiers des États membres l'auraient ratifié, et

³³⁵ . J.H.H. Weiler, J. Modrall, « The Creation of the European Union and its Relations to the EEC Treaties », in R. Bieber, J.P. Jacqué, J.H.H. Weiler, *An Ever Closer Union : A Critical Analysis of the Draft Treaty Establishing the European Union*, European University Institute, 1985. Des mêmes auteurs, « Institutional Reform : Consensus or Majority ? », *ELRev* 1985, p. 316; « La création de l'Union européenne et sa relation avec les traités CEE », in Commission des Communautés Européennes (ed.), *Perspectives européennes - l'Europe de demain*, 1985.

seulement à leur égard. Les relations entre les deux groupes seraient alors régies de la même façon que l'a fait le protocole social, ou mieux encore, selon les principes du mécanisme général de la coopération renforcée (tel qu'il existe ou amendé). Cette technique pourrait ainsi concrétiser la notion souvent entendue, notamment dans la bouche de Jacques Delors, du « traité dans le traité ».

Une telle technique ne poserait aucun problème si le nouveau traité concernait de nouvelles compétences distinctes, par hypothèse propres à l'avant-garde éventuelle. Si les compétences des deux ensembles étaient potentiellement les mêmes (comme dans le mécanisme de la coopération renforcée), ne fût-ce que partiellement (comme dans le protocole social), la situation resterait également gérable, comme en attestent ces deux précédents. Toutefois, nous avons pu constater, au cours de l'analyse des coopérations renforcées, un phénomène de *preemption* en faveur de ces dernières, et donc en l'occurrence de l'avant-garde. Ceci empêcherait les non participants d'établir une autre règle commune, par hypothèse moins contraignante, pour régir les relations entre eux ainsi que celles avec l'avant-garde. Il n'y aurait pour eux pas d'alternative à rejoindre l'avant-garde. On se rappellera à cet égard les déploiements d'imagination pour remédier à ce problème, par exemple s'agissant des accords parallèles de la Communauté avec le Danemark dans le cadre du titre IV du TCE, ou encore de la mise sur pied du MTC 2.

Bref, si l'on créait une avant-garde par un « traité dans le traité », il faudrait sans doute aussi prévoir des mécanismes permettant aux États membres non participants d'établir des relations sur les sujets en question avec l'avant-garde, voire d'adopter d'autres règles (soit entre eux, soit dans le cadre institutionnel de la grande Union) ne s'appliquant que dans leurs relations. Il reste que cette approche s'avère relativement contraignante et complexe; elle n'est pas envisageable pour le traité constitutionnel du 29 octobre 2004 ou tout traité du même type.

En fait, le même genre de question s'était aussi posée au lendemain du premier référendum négatif danois qui empêchait la ratification du traité de Maastricht par le Danemark. L'on s'est en effet rendu compte que, même à considérer le traité sur l'Union européenne comme un « nouveau » traité ayant notamment pour objet d'instituer deux nouvelles entités, l'Union et la Communauté européenne (non plus

économique), rien n'aurait pu être fait de juridiquement valable sans l'accord du Danemark. Il est également apparu qu'il serait pratiquement impossible, même avec toute la bonne volonté du Danemark, d'articuler dans une structure organisationnelle unique les activités des onze États membres de l'Union dans le cadre de la PESC, ou de la « nouvelle » Communauté européenne, avec celles des Douze dans le cadre ancien de la Coopération politique et de la Communauté économique européenne telles qu'issues de l'Acte unique.

C. Une avant-garde en dehors de l'Union (« un traité parallèle ») ?

Une avant-garde pourrait-elle aussi être établie en dehors du cadre de l'Union et créer ses propres institutions ? Dans son discours du 27 mai 2000 devant le Bundestag, le président Jacques Chirac n'excluait pas cette hypothèse, en évoquant même l'idée de la création d'un secrétariat *ad hoc* dans la veine Gaulienne des plans Fouchet des années '60³³⁶. Cette question nous ramène au chapitre sur les coopérations intergouvernementales hors Union. A la réflexion, ces coopérations pourraient en effet aussi prendre la forme d'une nouvelle organisation, et pas nécessairement d'ordre intergouvernemental.

Théoriquement, la réponse est positive pour autant que cette nouvelle organisation respecte, le cas échéant, la prédominance de l'Union (primauté, *preemption*, principe de coopération loyale)³³⁷. Un accord explicite de tous les États membres ne serait requis que pour permettre à cette nouvelle organisation de déroger au droit communautaire dans le but d'adopter des règles plus intégrantes. Plus généralement, un accord unanime formel ne serait nécessaire que pour articuler de façon plus spécifique la coexistence des deux organisations, à savoir l'Union dans son ensemble, et l'avant-garde comprenant un nombre restreint de ses États membres.

Une telle formule ne requiert donc pas en soi le consentement des États de l'Union non participant à l'avant-garde. Si elle est en principe soumise à la prédominance de l'Union et de son action, elle est aussi dépendante de la bonne volonté des membres

³³⁶ . J.V. Louis, « Post-Scriptum : From Differentiation to the 'Avant-garde' », précité, 2001, p. 384.

³³⁷ . Ce qui n'empêche pas qu'il y ait aussi des habilitations expresses pour agir en dehors des traités, nous l'avons vu par exemple avec l'article 17, § 4 du TUE.

de l'avant-garde. En effet, ces derniers pourraient laisser périr la grande Union pour ne plus se concentrer que sur l'avant-garde...quitte à violer le principe de coopération sincère et loyale...

D. Séparation

Une autre formule ne requiert en principe pas non plus l'accord de tous les États membres : celle de la séparation ³³⁸. Certes la doctrine n'est pas unanime pour reconnaître un droit de retrait qu'a pourtant prévu le traité constitutionnel, mais on voit mal la Cour de justice s'opposer à une telle décision d'ordre éminemment politique. Au terme du retrait d'un certain nombre d'États membres, il ne subsisterait plus qu'une entité plus réduite, voire une deuxième qui pourrait se reconstituer autour des États qui se seraient retirés. On ne pourrait donc plus vraiment parler d'une 'avant-garde' dès lors que ces deux entités coexisteraient *sans* qu'il n'y ait d'appartenance double aux deux cercles dans le chef d'un certain nombre d'États.

Afin de réorganiser les relations entre ces deux entités, ou entre l'entité résultante et les États ayant retrouvé leur pleine souveraineté formelle, nombreuses sont les possibilités. Il suffit de s'inspirer des méthodes aussi inventives que variées utilisées actuellement ou ces derniers temps dans le cadre des relations de voisinage au sens large. Ainsi, la technique des « accord européens », instrument au service de la stratégie de pré-adhésion, pourrait dorénavant servir aussi dans le cadre de la 'post-adhésion'. Les bilatérales avec la Suisse offre un autre exemple, de même que le processus multilatéral issu de la Conférence de Barcelone. Et pourquoi pas revenir à une sorte d'Espace économique européen comme cadre de coopération entre une *Communauté politique* intégrée et les États membres qui se seraient retirés de l'Union ? Il s'agit là d'un précédent particulièrement intéressant dont la structure institutionnelle innovante pourrait utilement nous inspirer.

* *
*

En somme, pour sortir de la crise actuelle liée à l'enlisement du traité constitutionnel qui a été ratifié par 18 États membres, une solution serait de créer une avant-garde, la « petite Europe », dans ou à côté de la grande. Pour ce faire, on pourrait « prédéterminer » cette avant-garde de la même manière que l'on a déjà « prédéterminé » des coopérations renforcées dans un traité commun, au sein d'un cadre institutionnel unique, fût-ce à géométrie variable. Cette solution nécessiterait évidemment une modification majeure du traité constitutionnel actuel.

Il convient, au contraire, de renoncer à l'idée d'une entrée en vigueur partielle (différenciée) de ce traité ou de tout futur traité semblable : sans être complètement impossible, une telle formule s'avèrerait extrêmement contraignante et compliquée dans la pratique.

En revanche, ce qui serait aussi envisageable, c'est de prévoir que le nouveau traité entre en vigueur pour tous les États membres dès qu'il aura été ratifié par une grande majorité de ceux-ci, avec la possibilité pour ceux qui n'auraient pu le ratifier de bénéficier d'un régime d'exemption ou *d'opt-out* dans certaines politiques. Un tel régime devrait être établi d'emblée dans ce nouveau traité, sans exclure toutefois qu'il ne soit encore précisé après son entrée en vigueur. Ne serait-ce pas là une solution à la crise constitutionnelle actuelle ? Ne permettrait-elle pas même de reprendre le traité constitutionnel actuel, sans en revoir son contenu, quitte cependant à recommencer tout le processus de ratification pour approuver les nouveaux régimes particuliers ? Ne serait-ce pas là aussi la solution la plus légitime dès lors qu'elle ne forcerait pas les 18 États membres qui ont déjà ratifié le traité constitutionnel à se plier à la loi du plus petit dénominateur commun ?

Toutes ces formules comportent cependant la difficulté de requérir un consensus parmi tous les États membres pour pouvoir les mettre en oeuvre.

Une autre approche ne nécessitant en principe pas l'accord de tous les États membres consisterait à créer en dehors de l'Union cette avant-garde dont le cadre institutionnel serait distinct et autonome, mais coexisterait aussi avec la grande Union. Compte tenu

³³⁸ . Sur le scénario du « divorce consensuel », v. L.S. Rossi, « En cas de non-ratification... Le destin

du désintérêt progressif éventuel dans le chef de la nouvelle Communauté politique à l'égard de la grande Union et du manque de bonne volonté pour la faire vivre, la perspective de cette formule pourrait mettre la pression sur tous les États membres pour qu'ils acceptent la solution de l'avant-garde prédéterminée...

La dernière et ultime solution serait la séparation, par le retrait de l'Union des États désireux d'adopter le traité constitutionnel, voire un autre instrument de nature plus fédérale, pour constituer entre eux une Communauté politique ou les *Etats-Unis d'Europe*. A moins que les autres États membres ne se laissent convaincre de quitter eux-mêmes l'Union régie par le traité constitutionnel. Nous avons vu que nombreuses seraient alors les formules permettant de réorganiser les relations avec ces États.

Nous n'en sommes pas (encore ?) là... Au moment de clôturer notre ouvrage, le Conseil européen des 20 et 21 juin 2007 a enterré définitivement la Constitution européenne que deux tiers des États membres avaient pourtant déjà ratifiée. Aucune sorte de flexibilité n'aura pu la sauver. Mais c'est encore à la faveur de nouveaux régimes dérogatoires, semble-t-il, que les vingt-sept États membres auront pu trouver un accord politique sur un traité dit « simplifié » (dont on attend toujours de voir en quoi il apporterait la moindre simplification...).

périlleux du 'Traité-Constitution' », *RTDE*, 2004, pp. 631 et s.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

LES PRÉCURSEURS : 1970 - 1982

ARMAND, L. and DRANCOURT, M., *Le Pari Européen*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1968; *The European Challenge*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1970.

BRANDT, W., « Rede des Vorsitzenden der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, Willy Brandt, vor der Organisation Française du Mouvement Européen in Paris am 19. Nov. 1974 (Auszüge) », *Europa-Archiv*, 1975, Folge 2, S. D., 33-8.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'Europe les vingt prochaines années. Préparation du VIIIe plan 1981-1985*, La Documentation française, Paris, 1980.

DAHRENDORF, R., *A Third Europe?*, Third Jean Monnet Lecture, Florence, European University Institute, 26 November 1979.

GRABITZ, E. & LANGEHEINE, B., « Legal Problems Related to a Proposed "Two-Tier System" of Integration within the European Community », *CML Rev.*, 1981, p. 34.

INTERDISCIPLINAIRE STUDIEGROEP EUROPESE INTEGRATIE, *A Two-Tier Community?, Reports of the TEPSA Conference on prospects for a two-tier system for the European Communities*, Scheveningen, June 1979.

TINDEMANS, L., *Report on the European Union*, *Bull. EC*, Suppl. 1/76.

VANDAMME, J., « Union économique et monétaire et intégration différenciée », 14 *CDE*, 1978, 127-138.

VANDAMME, J., « Gedifferentieerde Integratie, Beneluxsamenwerking en EG-solidariteit », *SEW*, 7-8(1982), 523-536.

WALLACE, W., HERREMAN, I., *A Community of Twelve? The Impact of Further Enlargement on the European Communities*, Bruges, De Tempel, 1978.

ACTE UNIQUE : 1984 – 1986

ASSER INSTITUUT COLLOQUIUM EUROPEES RECHT, *Gedifferentieerde Integratie in de Europese Gemeenschappen*, Interuniversitair Instituut voor Internationaal Recht, XIV Zitting—1984, 's Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1985.

EHLERMANN, C.-D., « Réflexions sur les structures institutionnelles de la Communauté », 29 *Annales de Droit de Liège*, 4(1984), 307-323.

EHLERMANN, C.-D., « How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of « 'Two Speeds' », 82 *Michigan Law Review*, 1984, p. 1274..

FEENSTRA, J.J., MORTELMANS, K.J.M., *Gedifferentieerde Integratie en Gemeenschapsrecht: Institutioneel- en Materieelrechterlijke Aspecten*, Europa Instituut, Rijksuniversiteit Utrecht, 's-Gravenhage, Staatsuitgeverij, 1985.

GRABITZ, E. (ed.), *Abgestufte Integration. Eine Alternative zum herkömmlichen Integrationskonzept ?*, Ergebnisse eines Forschungsprojektes des Institut für Integrationsforschung der Stiftung Europa-Kolleg Hamburg, Kehl am Rhein/Straßburg, N.P. Engel Verlag, 1984.

GRABITZ, E., ILIOPOULOS, C., "Typologie der Differenzierung und Ausnahmen im Gemeinshapftrecht", in E. Grabitz (ed.), 1984.

GRABITZ, E., "Community Law and Differentiation between Member States", in Asser Instituut Colloquium Europees Recht, 1985.

GRABITZ, E., « Une formule d'intégration différenciée », in Institut d'études Européennes, Université Libre de Bruxelles, *L'intégration différenciée*, Presses universitaires de Bruxelles, 1986.

INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES, Université Libre de Bruxelles, *L'intégration différenciée*, Presses universitaires de Bruxelles, 1986.

LABOHM, H., "Het Europa van de gedifferentieerde integratie", *Nieuw Europa*, 4(1984), 182-185.

LANGHEINE, B. & WEINSTOCK, U., "Graduated Integration: A Modest Path Towards Progress", 23 *JCMS*, 1985, 186-198.

LANGHEINE, B. & WEINSTOCK, U., "L'Europe à deux vitesses : ni voie royale ni fausse route", *RMC*, 6(1984), 242-247.

LOUIS, J.-V., "Europese Unie en gedifferentieerde integratie", *SEW*, 6(1985), 410-420.

LOUIS, J.-V., "Principes de base et modalités de l'action de l'Union Européenne", 21 *CDE*, 1985, 530-552.

NICOLL, W., "Paths to European Unity", 23 *JCMS*, 1985, 199-206.

PARLEMENT EUROPÉEN, *Two-Speed Europe*, Research and Documentation Papers, Political Series N° 11, September 1985.

SCHARRER, H.E., "Abgestufte Integration. Eine Einführung", in E. Grabitz (ed.), précité, 1984.

TOTH, A.G., "The legal status of the Declarations annexed to the Single European Act", 23 *CML Rev.*, 1986, 803-812.

TIMMERMANS, C.W.A., "Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie. Het discriminatieverbod als open ruimte voor een creatieve rechtsvinding in het Europees gemeenschapsrecht", *SEW*, 6(1982), 426-460.

WALLACE, H, RIDLEY, A., *Europe : The Challenge of Diversity*, The Royal Institute of International Affairs, London/Boston/Henley, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1985.

TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE 339

CARILLON, J.P., COLIN, P., *Le juste à temps pour l'Europe. Flexibilité, différenciation*, Paris, Éd. d'Organisation, 1990.

CURTIN, D. « The Constitutional Structure of the Union : A Europe of Bits and Pieces », *CMLRev.*, 1993, p. 17.

CURTIN, D., Van OOIK, R., "Denmark and the Edinburgh Summit : Maastricht without tears : A legal analysis", in D. O'Keefe, P.M. Twomey (eds), *Legal issue of the Maastricht Treaty*, London, Chancery, 1994.

SAINT-OUEN, F., « Les 'cercles d'intégration' », *CADMOS*, 55(1991), 79-87.

SCHOUTHEETE (de), P., « The European community and its sub-systems, in Wallace, W. (ed.) *The dynamics of European integration* », London, RIIA/Pinter, 1990.

WELLENSTEIN, E.P., « Unity, Community, Union : what's in a name? », *CML Rev.*, 1992, 205-212.

³³⁹ . Voir aussi ci-après la bibliographie spécifique relative au protocole social et à l'Union économique et monétaire

DE 1994 À LA CIG DE 1996 – 1997

BALLADUR, E., "Pour un nouveau traité de l'Élysée", *le Monde*, 30 novembre 1994. Voir aussi l'article publié dans *Le Figaro* du 30 août 1994.

CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH, *Flexible Integration. Towards a More Effective and Democratic Europe*, Monitoring European Integration 6, London, CEPR, 1995.

CHALTIEL, F., "Pour une clarification du débat sur l'Europe à plusieurs vitesses", *RMC*, 1(1995), 5-10.

CLUB DE FLORENCE, *Europe : l'impossible statu quo*, Paris, Stock, 1996 (en particulier le chapitre VII : *Le pari de la différenciation*).

COMMISSION EUROPEENNE, Orientations concernant les conditions et les modalités de l'instrument des 'coopérations renforcées' à insérer dans le Traité de Maastricht révisé, *Europe Documents*, n°. 2022 du 29 janvier 1997.

CURTIN, D., « The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC : 'Flexibility' as a Key Paradigm », *Aussenwirtschaft*, 1995, p. 237.

DEUBNER, C., *Deutsche Europapolitik: Von Maastricht nach Kerneuropa ?*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

DEUBNER, C., « Une petite Europe au sein de la Grande », *Revue des Affaires européennes*, 1995, p. 97.

DEUBNER, C., "Flexibilität als Reformkonzept für die Europäische Union", *Stiftung Wissenschaft und Politik, SWP-JP 2973*, 1996.

DEWOST J.-L., Des espaces restreints d'intervention sont-ils compatibles avec l'ordre juridique communautaire?, 26 June 1996, mimeo.

EHLERMANN, C.D., «Différenciation accrue ou uniformité renforcée», *R.M.U.E.*, 3/1995 (originellement en anglais : *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, EUI Working Paper RSC N° 95/21, 1995; also in Curtin, De Witte, Kellerman, Winter, *Reforming the Treaty on European Union—The Legal Debate*, Kluwer Law International, 1995.

ESTELLA, A., *The Principle Of Subsidiarity And Its Critique : A "Contextual" Analysis Of The Principle Of Subsidiarity*, European University Institute, PH.D theses, 1997.

HANF, D., « Les différenciations dans le traité de Maastricht sur l'Union européen : modèles pour l'intégration future ? », in Institut d'études européennes (ed.), *La différenciation dans l'Union européenne*, Université libre de Bruxelles, 1995, p. 23.

HARMSSEN, R., "A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives", 45 *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2(1994), 109-131.

INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES, Université Libre de Bruxelles, *La différenciation dans l'Union européenne*, Journée d'études, Bruxelles, 10 décembre 1994, 1995.

LAMERS, K., SCHAUBLE, W., - "Réflexions sur la politique européenne", Document du groupe parlementaire CDU/CSU du Parlement allemand (*Bundestag*) sur l'avenir de l'unification européenne, *Europe Documents*, n° 1895/96, 7 septembre 1994.

MALÈNE, Ch. (rapporteur), *Les coopérations renforcées dans l'Union européenne*, Paris, Sénat, 1997.

JACQUEMIN, A., SAPIR, A., "Is a European Core Credible ? A Statistical Analysis", *Kyklos*, Vol. 49, 1996.

JANNING, J., & WERNER, W., "La nouvelle Europe - Stratégies d'intégration différenciée", *Politique Étrangère*, 1996, p. 521.

MACCLAY, M., *Multi-speed Europe? The Community beyond Maastricht*, London, The Royal Institute of International Affairs, 1992.

MAILLET, P., VELO, D. (eds.), *L'Europe à Géométrie Variable. Transition vers l'Intégration*, Paris, L'Harmattan, 1994.

MAILLET, P., "Convergence et géométrie variable. L'organisation du fonctionnement de l'Union européenne diversifiée est à repenser", *RMC*, 3(1995), 145-159.

MAJOR, J., "Europe — A Future that works", *Second Annual William and Mary Lecture*, Leiden, 7 September 1994 (published in *Europe*, n° 6312, 10 September 1994).

MANIN, Ph. and LOUIS J.-V. (eds.), *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limite*, Paris, Éditions A. Pedone, 1996.

MOUVEMENT EUROPEEN, *L'Europe à quelques uns? Les coopérations renforcées*, Les études du mouvement européen, hors série, n° 2, novembre 1996.

PISANI-FERRY, J., *L'Europe à géométrie variable, une analyse économique*, Centre d'Etudes Prospectives et d'Information Internationales, Document de travail, 4(1995), n° 95.

QUERMONNE, J.L., *La différenciation dans l'Union Européenne : L'Europe à géométrie variable*, in Institut d'études européennes (ed.), *La différenciation dans l'Union européenne*, Université libre de Bruxelles, 1995, p. 11.

REICH, N., "Judge-made 'Europe à la carte': Some Remarks on Recent Conflicts between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation", 7 *EJIL*, 1996, 103-111.

STUBB, A., *The Semantic indigestion of differentiated integration : the political rhetoric of the pre-1996 IGC Debate*, Master Thesis, College of Europe, 1994-1995.

STUBB, A., « A Categorisation of Differentiated Integration », *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 283.

TONRA, B., “False Promise of Flexibility”, *Challenge* 96, 11-12(1996), 7.

TRANS EUROPEAN POLICY STUDIES ASSOCIATION (TEPSA), *Étude sur l'intégration différenciée*, Bruxelles, 1995.

VIBERT, F., *Structured Flexibility in the European Union*, London, European Policy Forum, August 1996.

WALLACE, H., WALLACE, W., *Flying Together in a Larger and More Diverse European Union*, Netherlands Scientific Council for Government Policy, The Hague, Working Document W87/1995, June 1995.

WEYAND, S., « Inter-Regional Associations and the European Integration Process », in Ch. Jeffrey (ed.), *The Regional Dimension of the European Union – Towards a Third level in Europe*, Frank Cass, London, 1997, pp. 166 et s.

WIMMER, P.T., *Les dérogations de l'acquis de l'Union européenne. Vers une Europe à la carte après Maastricht?*, Thèse du D.E.A., Bruges, Collège d'Europe, 1994.

WIMMER, P.T., *Vers une Europe à la carte après Maastricht? Analyse des dérogations à l'acquis communautaire*, Collège d'Europe, Documents de travail, N° 6, Bruxelles, Presses Universitaires Européennes, 1995.

LES TRAITÉS D'AMSTERDAM ET DE NICE ³⁴⁰

AREILZA de, J.M., « Enhanced cooperations in the Treaty of Amsterdam: Some critical remarks », *Harvard Law School, The Jean Monnet Chair. Working Papers*, 13/98, 1998.

AREILZA de, J.M., « The Reform of Enhanced co-operation Rules : Towards less flexibility ? » in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 27.

BARBIER, C., *Les coopérations renforcées et l'avenir de l'Union européenne*, 2001.

BRIBOSIA, H., « De la subsidiarité à la coopération renforcée », in Y. Lejeune (ed.), *Le Traité d'Amsterdam: Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 23.

BRIBOSIA, H., « Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne – Bilan et perspectives du traité d'Amsterdam », *Cahiers de droit européen*, n°s 1-2, 2000, p. 57.

³⁴⁰ . Voir aussi ci-après la bibliographie spécifique à l'espace de liberté, sécurité et justice.

BRIBOSIA, H., « Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice : chair ou poisson ? », *RDUE*, 1-2001.

CANNIZZARO, E., « *Sui rapporti fra il sistema della cooperazione rafforzata et il sistema delle relazioni esterne della Comunita* », *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 331.

CHALTIEL, F., "Le Traité d'Amsterdam et la coopération renforcée", *RMC*, 5(1998), 289-293.

CLOOS, J., « Les coopérations renforcées », *RMCUE*, 2000, p. 512.

CONSTANTINESCO, V., "Les clauses de coopération renforcée" ? in *Le traité d'Amsterdam*, Dalloz, 1998, p. 43.

CONSTANTINESCO, V., « Les clauses de 'coopération renforcée'. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 751.

CURTIN, D., « Emerging Institutional Parameters and Organised Differences in the European Union », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 347.

DE BURCA, G., SCOTT, J., (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

DE BURCA, G., « Legal Principle as an instrument of differentiation ? The principles of proportionality and subsidiarity » in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 131.

DEHOUSSE, F., «Le traité d'Amsterdam : un mélange de modestie et de complexité», *J.T.*, 1997, p.728.

DEKKER, I, WESSEL, R., « The European Union and the Concept of Flexibility : Proliferation of Legal Systems within International Organisations », in N. Blokker, H. Schermers (eds.), *The Proliferation of International Organisation*, Kluwer Law International, 2001, p. 381.

DE LA SERRE, F., WALLACE, H., « Les coopérations renforcées : une fausse bonne idée ? », *Notre Europe, Études et recherches n° 2*, version révisée, septembre 1997 (aussi en anglais, "Flexibility and enhanced cooperation in the European Union — Placebo rather than panacea").

DE LA SERRE, F., « Les coopérations renforcées. Quel avenir ? », *Politique étrangère*, 2000, p. 455.

DEHOUSSE, F., "General Conclusions", ", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 231.

DEN BOER, M., GUGGENBÜL, A., VANHOONACKER S., *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998.

DUFF, A., "Flexibility and Enlargement", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 45.

DEUBNER, C., *Harnessing Differentiation in the EU – Flexibility after Amsterdam*, A Report on Hearings with Parliamentarians and Officials in Seven European Capitals, *Stiftung Wissenschaft und Politik*, S 430, 1999.

DEUBNER, C., *Enhanced cooperation of EU Member States after Amsterdam. A new tool to be applied or to be avoided?*, Ebenhausen Foundation, SWP, 2000.

DE SMIJTER, E., « The External Relations of a Differentiated European Community », in B. De Witte, D. Hanf, & E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 231.

DE WITTE, B., « Old Flexibility : International Agreements between Member States of the EU », in G. De Búrca, & J. Scott (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

DE WITTE, B., HANF, D., VOS, E., (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001.

DE WITTE, B., « Chamelonic Member States : Differentiation by means of partial and parallel international agreements » in B. De Witte, D. Hanf, & E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001.

EDWARDS, G., PHILIPPART, E., « Flexibility and the Treaty of Amsterdam : Europe's New Byzantium ? », CELS Occasional Paper No. 3 (November 1997), University of Cambridge, Centre for European Legal Studies.

EDWARDS, G., "Legitimacy and Flexibility in Post-Amsterdam Europe", in M. den Boer, A. Guggenbül, S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 121.

EDWARDS, G., PHILIPPART, E., « The Provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam : The Politics of Flexibility in the European Union », *Journal of Common Market Studies*, 1999, p. 87.

EHLERMANN, C.D., « Différenciation, flexibilité, coopération renforcée : les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam », *R.M.U.E.*, 3/1997, p. 53 (aussi en anglais, "Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation : The New Provisions of the Amsterdam Treaty", *ELJ*, 1998, p. 246).

EHLERMANN, C.D., (ed.), *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999.

EUROPA PERIODIEK, 2/97 (n° spécial sur la flexibilité).

FINES, F., « La réforme des coopérations renforcées », *Revue des affaires européennes*, p. 359.

GAJA, G., « How flexible is flexibility under the Amsterdam treaty », *Common Market Law Review*, 1998, p. 855.

GAJA, G., « La cooperazione rafforzata », *Il diritto dell'Unione European*, 1998, p. 315.

GRILLER, S., DROUSTAS, D.P., FALKNER, G., FORGO, K., NENTWICH, M., *The Treaty of Amsterdam. Facts, Analysis, Prospects*, Wien, Springer, 2000, (en particulier *Part Three*, pp. 199 à 279).

HANF D., « Flexibility Clauses in the Founding Treaties : from Rome to Nice in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 3.

HANF D., *Differentiation in the Law of European Integration. An analysis of a multi-faced phenomenon challenging the traditional understanding of European Law*, Thèse de doctorat, Université de Liège, 2002.

JAEGER, T., « Enhanced cooperation in the treaty of Nice and flexibility in the Common Foreign and Security Policy », *European Foreign Affairs Review*, 2002, p. 297.

KÖLLIKER, A., MILNER, F. *How to make use of closer cooperation? The Amsterdam clauses and the dynamic of European integration*, Brussels: European Commission Forward Studies Unit, 1999.

KÖLLIKER, A., « Bringing together or driving apart the Union ? Towards a theory of differentiated integration », *West European Politics*, Vol. 24, n° 4, 2001.

KORTENBERG, H., « Closer cooperation in the treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, 1998, p. 833.

KRÄMER, L., “Differentiation in EU Environmental Policy”, *European Environmental Law Review*, 2000. p.129.

LABAYLE, H., « Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées, Première partie : les principes ; Deuxième partie : les modalités », *Europe, Editions du Juris-classeur*, 1998.

LYONS, C., “Flexibility and the Court of Justice, in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 95.

LOUIS, J.V., « Post-Scriptum : From Differentiation to the ‘Avant-Garde’, » in B. De Witte, D. Hanf, & E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 379.

McDONAG, B., *Original Sin in a Brave New World - An Account of the Negotiation of the Treaty of Amsterdam*, Dublin, Institute for European Affairs, 1998.

MANIN, Ph., "Flexibilité et élargissement", in EHLERMANN, C.D., *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 141.

MAJONE, G., "Report : Flexibility and Legitimacy in the European Community", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 153.

METCALFE, L., "Flexible Integration in and after Amsterdam", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 11.

MISSIROLI, A., (ed.), *Flexibility and Enhanced Cooperation in European Security Matters : Assets or Liabilities*, Institute for Security Studies of the WEU, Occasional Paper n° 6, 1999.

NOEMDEN, K., "Flexibility : A Key element in Future European integration ?", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 31.

PHILIPPART, E., SIE DHIAN HO, M., *Pedalling against the wind: How to strengthen EU integration through more effective diversity management*, Netherlands Scientific Council for Government Policy, The Hague, 2000.

PHILIPPART, E., SIE DHIAN HO, M., « From uniformity to flexibility – The management of diversity and its impact on the EU system of governance », in De Búrca, G. and Scott, J. (eds.), *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 299.

PHILIPPART, E., SIE DHIAN HO, M., *The pros and cons of closer cooperation in the EU: argumentation and recommendations*, Netherlands Scientific Council for Government Policy, Working Document W 104, The Hague, 2000.

PHILIPPART, E., SIE DHIAN HO, M., « Answering EU's Need for Policy Laboratories and Sub-Systemic Schemes : Reflection on the Reform of ‘Closer Cooperation’ », *Current Politics and Economics of Europe*, Vol. 10, n° 1, 2000.

PHILIPPART, E., SIE DHIAN HO, M., « Flexibility after Amsterdam: comparative analysis and prospective impact », in J. Monar, & W. Wessels, (eds.), *The Treaty of Amsterdam*, London, Pinter, 2000.

RIDEAU, J. (sous la direction de), *Union européenne – Commentaire des traités modifiés par le traité de Nice du 26 février 2001*, L.G.D.J., 2001 (?), en particulier pp. 84 à 114.

RODRIGUES, S., « Le traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union européenne », *RMCUE*, 2001, p. 11.

ROSSI, L. S., « Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza : quali geometrie per l'Europa allargata », *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 791.

ROSSI, L. S., « Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza : quali geometrie per l'Europa allargata », in *Il trattato di Nizza*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè editore, 2003, p. 41.

SCHMITTER, C., « Coopérations renforcées et compétences externes de la Communauté européenne », in M. Dony (ed.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1999.

SHARPF, F., *Legitimate diversity : The New Challenge of European integration*, Cahiers européens de Sciences Po, Paris, 2002.

SCHRAUWEN, A.A.M. (ed.), *Flexibility in constitutions : Forms of closer cooperation in federal en non-federal settings*, Hogendorp Centre for European Constitutional Studies, Amsterdam, 1999.

SCHOUTHEETE (de), Ph., *Une Europe pour tous*, Préface de Jacques Delors, Editions Odile Jacob, 1997.

SCHOUTHEETE (de), P., « Closer cooperation : Political background and issues in the negotiation » in J. Monar & W. Wessels (eds.), *The European Union after Amsterdam*, Continuum, London and New York, 2001.

SCHOUTHEETE (de), P., *The Case for Europe : Unity, Diversity, and Democracy in the European Union*, Andrew Butler, 2000.

SCOTT, A., "Comments" (on G. Edwards), in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 141.

SHAW, J., "The Treaty of Amsterdam : Challenges of flexibility and legitimacy, *European Law Journal*, 1998, p. 63. (v. aussi "Flexibility and Legitimacy in the Domain of the Treaty Establishing the European Community", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998).

SHAW, J., « Relating Constitutionalism and Flexibility in the EU », in G. De Búrca, & J. Scott (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

STUBB, A., « The 1996 Intergovernmental Conference and the management of flexible integration », *Journal of European Public Policy*, 1997, p. 37.

STUBB, A., *Flexible integration and the Amsterdam Treaty – Negotiating differentiation in the 1996-97 IGC*, London, Michaelmas Term, 1998.

STUBB, A., « Dealing with Flexibility in the IGC », in E. Best, M. Gray, & A. Stubb, (eds.), *Rethinking the European Union: IGC 2000 and beyond*, Maastricht, EIPA, 2000.

STUBB, A., « Negotiating flexibility in the Amsterdam treaty », in K. Neunreither & A. Wiener (eds), *European Integration after Amsterdam : Institutional Dynamics and prospects for democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

TUYTSCHAEVER, F., « Quelques réflexions relatives à l'incidence de la coopération renforcée sur les relations extérieures de la Communauté », in Y. Lejeune (ed.), *Le Traité d'Amsterdam : Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 405.

TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation in European Union law*, Oxford, Hart Publishing, 1999.

TUYTSCHAEVER, F., « Nauwere samenwerking volgens het Verdrag van Amsterdam », *SEW*, 1999, p. 270.

TUYTSCHAEVER, F., « EMU and the Catch 22 of EU Constitution-making », in G. De Búrca, & J. Scott (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

TUYTSCHAEVER, F., « Nauwere samenwerking volgens het Verdrag van Nice », *SEW* 2001, p. 375.

USHER, J.A., “Variable Geometry or Concentric Circles: Pattern for the European Union”, 46 ICLQ, 2(1997), 243-273.

USHER, J.A., « Flexibility and enhanced cooperation », in T. Heukels & N. Blokker, M. Brus (eds), *The European Union after Amsterdam - A Legal Analysis*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 253.

USHER, J.A., « Flexibility – The experience so far », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 3, 2000, p. 479.

VAN RAEPENBUSCH, S., HANF, D., « Flexibility in Social Policy », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001.

VAN VRECKEM, D., « Accord relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes par des véhicules utilitaires dans le cadre de la Directive 93/89/CEE du 25 octobre 1993 », in EHLERMANN, C.D., *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le*

cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 67.

WALKER, N., « Sovereignty and differentiated integration in the European Union », *European Law Journal*, 1998, p. 355.

WALLACE, H., « Flexibility: A tool of integration or a restraint on disintegration ? » in K. Neunreither & A. Wiener (eds), *European Integration after Amsterdam : Institutional Dynamics and prospects for democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 175.

WARLEIGH, A., *Flexible integration — Which model for the European Union*, Sheffield Academic Press, London, 2002.

WEATHERILL, S., “Finding Space for Closer Co-operation in the Field of Culture”, in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

TRAITÉ ÉTABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE

BRIBOSIA, H., « Les coopérations renforcées et les nouvelles formes de flexibilité en matière de défense dans la Constitution européenne », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2004/4, p. 647.

BRIBOSIA, H., et TUYTSCHAEVER, F., « Nauwere samenwerking volgens het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa », *SEW.*, 2005, p. 150.

BROWN, T., *Enhanced cooperation : a two-tier Europe ?*, 2002, <http://www.iiea.com/futeuro/tb%5Fecatte.pdf>

CHALTIEL, F., Constitution européenne et coopération renforcées, à propos des travaux de la Convention. *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, mai 2003, n° 468, p. 290.

COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, Perspectives de la coopération renforcée dans l'Union européenne, Bruno Racine et al. (sous la présidence de), Paris, Documentation française, 2004.

DEHOUSSE, F., W. COUSSENS, W., LENAERTS, K., The hopes and limits of flexible integration in the future Europe, in F. Dehousse, W. Coussens, *Studia diplomatica*, 2003 - 4.

DEHOUSSE, F., W. COUSSENS, W., G. GREVI, *Integrating Europe: Multiple Speeds - One Direction?*, European Policy Center, Working Paper n° 9, April 2004.

DEUBNER, Ch., CAESAR, R., DUTZLER, B., KÖSTERS, W., SCHNEIDER, H., “Die Zukunft der differenzierten Integration in der Perspektive des Verfassungsvertrags und der Erweiterung“, *Integration*, 2004, p. 259-315.

DEUBNER, Ch., “Closer Co-operation in Tomorrow’s European Union”, *UCLA Center for European and Eurasian Studies. Occasional Lecture Series: Paper 7*, 2006, (<http://repositories.cdlib.org/international/cees/ols/7>).

DERPA, U., *Die verstärkte Zusammenarbeit im Recht der Europäischen Union : Dogmatik, Interpretation und Praxis eines alternativen Integrationskonzeptes*, (Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden), Boorberg, 2003.

DE WITTE, «The Process of Ratification and the Crisis Options : A Legal Perspective », in D. Curtin, A. Kellermann et S. Blockmans (eds), *The EU Constitution : The Best Way Forward*, The Hague, T.M.C Asser Press, 2005, p. 21.

KÖLLIKER, A., *Flexibility and European Unification: The Logic of Differentiated Integration*, Governance in Europe Series, Rowman and Littlefield, Lanham MD, 2006

JOERGES, Ch., MÉNY, Y., WEILER, J.H.H. (eds), *What kind of Constitution for what kind of Polity ? Responses to Joschka Fischer*, RSCAS, European University Institute, Harvard Law School, Florence, 2000.

LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., « Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union », in C. KADDOUS & A. AUER (eds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Collection des Dossiers de droit européen, Genève, Bâle, Munich/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/L.G.D.J., 2006, p. 245.

PHILIPPART, E., « Preparing for constitutional crisis – classical option, ‘enhanced Union’, or ‘Union refondée’ », European Policy Centre, Working Paper, 2003.

PHILIPPART, E., « A new mechanism of Enhanced cooperation for the Enlarged European Union », *Notre Europe* (Groupement d’études et de recherches), Research and European Issues n° 22, Mars 2003 (Forward par Jacques Delors).

PHILIPPART, E., « Combler le déficit prévisionnel — Typologie et méthode d’évaluation de la flexibilité dans l’Union européenne », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l’Université de Bruxelles, 2003.

PHILIPPART, E., SIE DHIAN HO, M., «Flexibility and the new constitutional treaty of the European Union », in J. Pelkmans, M. Sie Dhian Ho en B. Limonard (red.), *Nederland en de Europese grondwet*, WWR, Amsterdam University Press, 2003, p. 109.

PONZANO, P., « Après l’échec du Sommet de Bruxelles : Constitution européenne ou coopérations renforcées », *RDUE*, 3/ 2003.

ROSSI, L.S., « En cas de non-ratification... Le destin périlleux du ‘Traité-Constitution’ », *RTDE*, 2004, p. 621.

ROSSI, L.S., « Una costituzione a geometria variabile ? » in M.L. Tufano (a curia di), *Cantiere Europa, La riforma istituzionali dell'Unione*, Napoli, 2004, p. 227.

SHAW, J., “Flexibility in a ‘reorganized’ and ‘simplified’ Treaty, *CMLRev.*, 2003, p. 279.

VACCA, P. For an alternative strategy : a federal core in a Europe of concentric circles , *The Federalist*, 2004 - 2, p. 109.

BIBLIOGRAPHIE SECTORIELLE

UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE

ALLEMAND, F., « The Impact of the EU Enlargement on Economic and Monetary Union : What Lessons Can Be Learnt From the Differentiated Integration Mechanisms in an Enlarged Europe ? », *European Law Journal*, 2005.

AMBTENBRINK, F., DE HAAN, J., « The European Central Bank : An independent Specialised Organisation of Community Law – A Comment », *CMLR*, 2002, p. 65.

ANGEL, B., ALMUNIA, M.J., « *La préparation de l'élargissement de la zone euro*, Revue du Marché commun, 2005, p. 434.

BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE, Avis du 19 septembre 2003, *J.O. C 229/7* du 25 septembre 2003.

BARONCELLI, S., « Synthesis report », in J.V. Louis (project director), *Euro Spectator : Implementing the Euro*, EUI Working paper, Law 2000/9.

BEAUMONT, P., WALKER, N., (eds), *Legal Framework of the Single Currency*, Oxford, Hart Publishing, 1999.

BREUSS, F., FINK, G., GRILLER, S. (eds), *Institutional, Legal and Economic Aspects of EMU*, Research Institute for European Affairs, Publication Series, vol. 23, Vienna, Springer-Verlag, 2003.

BRIBOSIA, H., « La politique économique et monétaire », in G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte, *Genèse et Destinée de la Constitution européenne – Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

BRONKHORST, H., LOUIS, J.V., *The euro and european integration*, Peter Lang, Brussels, 1999.

CAFARO, S., « *I primi accordi della Comunità in materia di politica monetaria e di cambio* », *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/99, p. 243.

CAMERON, D., « Transnational relations and the development of European economic and monetary Union », in T. Risse-Kappen (ed.), *Bringing transnational relations back in — Non-state actors, domestic structures and international institutions*, Cambridge University Press, 1995, p. 42.

CHEMAIN, R., *L'Union économique et monétaire, aspects juridiques et institutionnels*, Pedone, 1996.

CLAPHAM, E., « Swedish Report », in J.V. Louis (project director), *Euro Spectator : Implementing the Euro*, EUI Working paper, Law 2000/9.

COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, *Autour de l'euro et au-delà : l'UEM et les coopérations renforcées*, Rapport du groupe de l'atelier sur les coopérations renforcées dans les domaines économique et monétaire, présidé par J. Pisani-Ferry, 2003.

COMMITTEE FOR THE STUDY OF ECONOMIC AND MONETARY UNION, *Report on Economic and Monetary Union in the European Community*, Luxembourg, European Communities, 1989.

CURRIE, D., *Will the Euro Work? The ins and outs of EMU*, London, The Economist Intelligence Unit, 1998.

DONY, M., *Les relations extérieures de l'Union économique et monétaire*, Institut d'études européennes de l'ULB, 1998.

DONY, M. et VIGNERON, Ph., « La différenciation dans l'Union économique et monétaire. Etat des lieux et problèmes juridiques », in M. Telo et E. Remacle (éds.), *L'Union européenne après Amsterdam. Adaptations institutionnelles, enjeux de la différenciation et de l'élargissement*, Institut d'Etudes européennes, Bruxelles, 1998, p. 32.

DYSON, K., FEATHERSTONE, K., *The Road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, 1999.

EUROPEAN CENTRAL BANK, *The Eurosystem and the EU enlargement process*, Monthly Bulletin, February 2000, pp. 39 et s.

EUROPEAN CENTRAL BANK, *Legal Aspects of the European System of Central Banks, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, 2005,

EICHENGREEN, B., FRIEDEN, J. (eds.), *The Political Economy of European Monetary Unification*, Boulder/San Francisco/Oxford, Westview Press, 1994 (en particulier, le chapitre 6 : « On the feasibility of one-speed or multispeed European Monetary Union »).

GOODHART, C., *The external dimension of EMU*, in *Recherches économique de Louvain*, 1993, Vol. 59, p. 65.

GROS, D., THYGESEN, N., *European Monetary Integration*, 2nd edition, Longman, New York, 1998, 263.

HAHN, H., « The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty », *CML Rev.*, 1998.

KISSAK, R., « British Report », in J.V. Louis (project director), *Euro Spectator : Implementing the Euro*, EUI Working paper, Law 2000/9.

- LEBULLENGER, J., « La projection externe de l'euro », *RTDE*, 1998, p. 459.
- LENOBLE-LIAUD, H., « L'Union monétaire européenne : faut-il avoir peur du passager clandestin ? », *Revue d'économie politique* 2001- 6, p. 861.
- LHONEUX (de), E., « Du Conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, p. 239.
- LHONEUX (de), E., « The Eurosystem » in ECB, *Legal Aspects of the European System of Central Banks, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, précité, 2005.
- LOUIS, J.V., *L'Union économique et monétaire*, in Commentaires Mégret, *Le droit de la CEE*, 2^{ième} édition, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, Vol. 6, Bruxelles, 1995.
- LOUIS, J.V. « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », *CML Rev.*, 1998, p. 33.
- LOUIS, J.V., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », *WP Law*, n° 99/10.
- LOUIS, J.V., « The New Monetary Law of the European Union », in M. Giovanoli, *International Monetary Law, Issues for the New Millenium*, Oxford University Press, 2000.
- LOUIS, J.V., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », in *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles* (Colloque international de la Société Française pour le Droit International), Paris, Pedone, 2000.
- LOUIS, J.V., *Monnaie - Union économique et monétaire*, in *Rép. Droit communautaire européen*, Dalloz, février 2000, p. 1
- LOUIS, J.V., « Differentiation and the EMU », in B. De Witte, D. Hanf & E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001.
- LOUIS, J.V., « Les relations extérieures de l'Union économique et monétaire », in E. Cannizaro (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, Kluwer Law International, 2002, p. 77.
- LOUIS, J.V., « The Economic and Monetary Union : Law and Institutions », *CMLRev.*, 2004, p. 567.
- LOUIS, J. V., « Monetary policy and central banking in the Constitution », in ECB, *Legal Aspects of the European System of Central Banks, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, précité, 2005.
- LOUIS, J.V, DONY, M., « L'Union économique et monétaire et la gouvernance économique », in E. Bribosia et M. Dony (éds.), *Commentaire de la Constitution de*

l'Union européenne, Institut d'études européennes, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2005, p. 261.

LOUIS, J.V., « The Review of the Stability and Growth Pact », *CML Rev.*, Volume 43, issue 1, 2006.

LLOYD, M., « EMU : relations between 'ins' and 'outs', Ben Patterson (ed.) European Parliament, 1998 <http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/econ/106>

MARTHA, R., « The Fund Agreement and the Surrender of Monetary Sovereignty to the European Community », *CML Rev.*, 1995, p. 749.

MARTIN, Ph., « Free-riding, convergence and two-speed monetary unification in Europe », *European economic review* 1995, p. 1345.

NAYMAN, J. ET PISANI-FERRY, « Élus et exclus de la monnaie unique , La lettre du cepii n° 143 - février 1996, http://www.ecu-activities.be/documents/publications/publication/1996_2/nayman

PADOA SCHIOPPA, T., *The road to monetary union in Europe. The Emperor, the Kings, and the Genies*, Clarendon Press Oxford, 1994.

PADOA SCHIOPPA, T., « The external representation of the euro area », Introductory statement at the Sub-Committee on Monetary Affaire European Parliament, Brussels, (<http://www.ecb.int/key/st990317.htm>.)

PARTSCH, PH-E., « De quelques questions juridiques relatives au passage à la troisième phase de l'Union économique et monétaire et au fonctionnement de celle-ci », *RTD eur.*, 34 (1), 1998, p. 35.

PATTERSON, B., « European Monetary Union : 'Ins' and 'outs' - or postponement ? », in in C.D Ehlermann , *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 101.

PIPKORN, J., « Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the Effectiveness of the Economic and Monetary Union », *CMLRev.*, 1994, p.

PISANI-FERRY, J., « Intégration à géométrie variable et organisation de la politique économique », *Politique étrangère*, n° 4, 1996.

PISANI-FERRY, J., « Intégration monétaire et géométrie variable », *Revue économique*, Vol. 48, n° 3, Mai 1997, p. 495.

ROHDE JENSEN, K., « Inside EU, outside EMU : institutional and legal aspects of the Exchange Rate Mechanism II, in ECB, *Legal Aspects of the European System of Central Banks, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, précité, 2005.

SERVAIS Dominique, et RUGGIERI, Rodolphe, « The EU Constitution : its impact on Economic and Monetary Union and economic governance », in ECB, *Legal*

Aspects of the European System of Central Banks, Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli, précité, 2005.

SMITS, R., «Some aspects of the monetary law of the European Community », in *LIEI*, 1983, p. 39.

SMITS, R., « La monnaie unique : quelques réflexions sur sa préparation », editorial, *CDE*, 1997, n°s 5-6

SMITS, R., *The European Central Bank. Institutional Aspects*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997 (reprint 2000).

SMITS, R., *The European Central Bank in the European Constitutional Order*, Utrecht, Eleven international Publishing, 2003.

SMITS, R., « The European Constitution and EMU : an appraisal », *CML Rev.*, 2005, p. 425.

SNYDER, F., « EMU-Metaphor for European Union? Institutions, Rules and Types of Regulation », in DEHOUSSE, R. (ed.), *Europe After Maastricht. An Ever Closer Union ?*, München, Law Books in Europe, 1994, p. 63.

SNYDER, F., *EMU Revisited: Are We Making a Constitution? What Constitution Are We Making ?*, EUI Working Papers Law N° 98/6, 1998 (also in P. Craig, G. De Burca, (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 417).

SZÀSZ, A., *The Road to European Monetary Union*, Macmillan Press LTD, Basingstoke and London, 1999.

TINDEMANS, L., *Report on the European Union*, Bull. EC, Suppl. 1/76.

TORRENT, R., « Whom is the European Central Bank the Central Bank of? Reaction to Zilioli and Selmayr », *CML Rev.*, 1999, p. 1229.

TUYTSCHAEVER, F., « Omtrent EMU, gedifferentieerde integratie en de externe betrekkingen van de EG », *SEW*, 9(1997), p. 313.

TUYTSCHAEVER, F., *Differentiation in European Union law*, Oxford, Hart Publishing, 1999.

TUYTSCHAEVER, F., « Omtrent EMU, gedifferentieerde integratie en de externe betrekkingen van de EG », *SEW*, 1997, p. 313.

TUYTSCHAEVER, F., « EMU and the Catch 22 of EU Constitution-making » in G. De Burca, J. Scott, (Eds.), *The Constitution of the EU - From Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 173.

VANDAMME, J., « Union économique et monétaire et intégration différenciée », *CDE*, 1978, 127-138.

VIGNERON, Ph. et MOLLICA, M. R., «La différenciation dans l'Union économique et monétaire. Dispositions juridiques et processus décisionnel», *Euredia*, 2000, p. 197.

VIGNERON, Ph., « Instauration d'une coopération renforcée pour l'Eurogroupe », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, p. 377.

VERDUN, A., *The Role of the Delors Committee in the Creation of EMU: An Epistemic community ?*, EUI Working Paper RSC 98/44.

USHER, J., « Legal Consequences of Non-Participation in the Euro : A View from the United Kingdom », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, p. 357.

USHER, J., *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

WOUTERS, J., « Flexibiliteit in de Eerste Pijler », in *Flexibiliteit en het Verdrag van Amsterdam*, (T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 1999, p. 29.

ZILIOLI, C., SELMAYR, M., « The External Relations of the Euro Area: Legal Aspects », *CML Rev.*, 1999, 273-349.

ZILIOLI, C., SELMAYR, M., « The European Central Bank, its system and its law », (first part), *Euredia*, 1999/2.

ZILIOLI, C., SELMAYR, M., « The European Central Bank, its system and its law », (second and third part), *Euredia*, 1999/3.

ZILIOLI, C., SELMAYR, M., « The European Central Bank : an Independent specialized organization of Community Law », *CMLRev.*, 2000, p. 591.

ZILIOLI, C., SELMAYR, M., *The Law of the European Central Bank*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, (en particulier le chapitre 4).

POLITIQUE SOCIALE

BARNARD, C., « A social policy for Europe : Politicians 1 Lawyers 0 », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1992, p. 22

BARNARD, C., « Flexibility and Social Policy » in G. De Búrca, J. Scott, (eds.) *Constitutional change in the EU: From uniformity to flexibility*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

BERCUSSON, B., « The Dynamic of European Labour Law after Maastricht » , *Industrial Law Journal*, 1994, p. 1.

BERCUSSION, B., « Social Policy at the Crossroads » , in R. Dehousse, (ed.), *Europe after Maastricht. An ever closer Union ?* , European Law Press, 1994, p. 149.

BERCUSSION, B., *European Labour Law*, Butterworths, 1996.

DELORME, N., « Le cadre établi par le traité de Maastricht pour la politique sociale européenne », *RMC*, 1995, p. 244.

FALKNER, G., « The Maastricht Protocol on Social Policy : Theory and Practice », *Journal of European Social Policy*, 1996, p. 1.

HARGREAVES, « Social Europe after Maastricht : is the UK really opted out ? », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1997, p. 8.

KLIEMAN, A., *Die europäische Sozialunion nach Maastricht*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

MCGLYNN, C., « Opting out of Community Social Policy : some legal, practical and political consequences », in C.D Ehlermann, *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 85.

SHAW, J., « Twin-track Social Europe : the inside track », in O'Keefe, D., & Twomey P., (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery, 1994.

SZYSZCZAK, E., « Social Policy : a Happy Ending or a Reworking of the Fairy Tale », in O'Keefe, D., & Twomey P., (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery, 1994

VAN RAEPENBUSCH, S. , HANF, D., « Flexibility in Social Policy », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001

WATSON, P., « Social Policy after Maastricht », *CMLR*, 1993, p. 481.

WHITEFORD, E., « Social Policy after Maastricht », *ELR*, 1993, p. 202.

WHITEFORD, E., « W(h)ither Social Policy » in J. Shaw & G. More (eds.), *New Legal Dynamics of European Integration*, Clarendon Press, 1995, p. 111.

ESPACE DE LIBERTE, DE SECURITE ET DE JUSTICE

BRACKE, N., « Flexibility, Justice Cooperation and the Treaty of Amsterdam », in C. Marinho (éd.), *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam : A First Assessment*, EIAP, Maastricht, 2001.

BRIBOSIA, H., "Liberté, sécurité et justice — L'imbroglia d'un nouvel espace", *R.M.U.E.*, 1998/1.

CURTIN, D., "The Schengen Protocol : Attractive model or poisoned chalice ?", in EHLERMANN, C.D., *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 73.

DE KERCHOVE, G., "Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines : Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 197 (also in Lejeune, Y., (ed.), *Le Traité d'Amsterdam : Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 287).

DEMMINK, J., "Flexibility and Legitimacy in JHA after Amsterdam", in M. den Boer, A. Guggenbül, & S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 193.

DEN BOER, M. (éd.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Institute of Public Administration (EIPA), Maastricht, 1997.

DEN BOER, M. (éd.), *The Implementation of Shengen : First the Widening, Now the Deepening*, EIPA, Maastricht, 1997.

DEN BOER, M. (éd.), *Schengen Still Going Strong, Evaluation and Update*, EIAP, Maastricht, 2000.

DEN BOER, M. (éd.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, EIAP, Maastricht, 1997.

DEN BOER, M. (éd.), *Shengen's Final Days ? The incorporation of Shengen into the New TEU, External Borders and Information Systems*, EIAP, Maastricht, 1998.

DEN BOER, M., "Taming the Third Pillar. Improving the Management of Justice and Home Affairs Cooperation in the EU", EIAP, 1998.

ELSEN, Ch., « Incorporation juridique et institutionnelle de Schengen dans l'UE », in M. Den Boer, M. (éd.), *Schengen Still Going Strong, Evaluation and Update*, EIAP, Maastricht, 2000.

HREBLAY, V., *Les accords de Schengen – Origine, Fonctionnement, Avenir*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

KLOTH, K., « The Dublin Convention on Asylum – An Introduction », in C. Marinho (éd.), *The Dublin Convention on Asylum : Its Essence, Implementation and Prospects*, EIAP, Maastricht, 2000.

LOBKOWICZ (de), W., « La perspective de l'élargissement dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures », in C. Marinho (éd.), *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam : A First Assessment*, EIAP, Maastricht, 2001.

LÖPER, F., « The Dublin Convention on Asylum: Interpretation and Application Problems », in C. Marinho (éd.), *The Dublin Convention on Asylum : Its Essence, Implementation and Prospects*, EIAP, Maastricht, 2000.

MARINHO, C. (éd.), *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam : A First Assessment*, EIAP, Maastricht, 2001.

MARINHO, C. (éd.), *The Dublin Convention on Asylum : Its Essence, Implementation and Prospects*, EIAP, Maastricht, 2000.

MAZZI-ZISSIS, S., "Les accords de Schengen et la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : exemple à suivre ou dangereux précédents", in EHLERMANN, C.D., *Multi-Speed Europe — the Legal Framework of Variable Geometry in the European Union / Le cadre juridique d'une Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses*, ERA band 26, Bundesanzeiger, Köln, 1999, p. 47.

MONAR, J. « Schengen and Flexibility in the Treaty of Amsterdam : Opportunities and Risks of Differentiated Integration in the EU Justice and Home Affairs », in M. Den Boer (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, EIAP, Maastricht, 1997.

MONAR, J., "Legitimacy of EU Action in Justice and Home Affairs : An Assessment in the Light of the Reforms of the Treaty of Amsterdam", in M. den Boer, A. Guggenbül, S. Vanhoonacker, *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, EIPA, Maastricht, 1998, p. 205.

MONAR, J., "The Impact of Schengen on Justice and Home Affairs in the European Union: An Assessment on the Threshold of its Incorporation", in M. Den Boer, M. (éd.), *Schengen Still Going Strong, Evaluation and Update*, EIAP, Maastricht, 2000.

MONAR, J., « Schengen, Closer Cooperation and the Dynamics of Inclusion and Exclusion », in C. Marinho (éd.), *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam : A First Assessment*, EIAP, Maastricht, 2001.

PALLET, L., « The United Kingdom Position: Implementing the Schengen Protocol », in C. Marinho (éd.), *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam : A First Assessment*, EIAP, Maastricht, 2001.

PAPAGIANNI, G., « Flexibility in Justice and Home Affairs : an Old Phenomenon Taking New Forms », in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 101.

PAPAGIANNI, G., *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, 2006.

PAULY, A., (éd.), *De Schengen à Maastricht : voie royale et course d'obstacles*, EIPA, Maastricht, 1996.

PAULY, A., (éd.), *Schengen en panne*, EIPA, Maastricht, 1994.

PAULY, A., (éd.), *Les accords de Schengen : Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques ?*, EIPA, Maastricht, 1993.

RENAULT, G., *Schengen, un modèle pour l'Europe pénale ?*, Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 6, Larcier, Bruxelles, 1995.

SHARF, J., « Schengen and the Nordic Countries: Recent Developments », in M. Den Boer, M. (éd.), *Schengen Still Going Strong, Evaluation and Update*, EIAP, Maastricht, 2000.

VAN DE RIJT, W., « Les initiatives bilatérales et multilatérales entre Schengen et les Etats (non-) membres de l'UE », in M. Den Boer, M. (éd.), *Schengen Still Going Strong, Evaluation and Update*, EIAP, Maastricht, 2000.

VAN SIMAEYS, B., & CARLIER, J.Y., "Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice", in Lejeune, Y., (ed.), *Le Traité d'Amsterdam : Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 227.

VANDAMME, L., « Le nouveau cadre du Système d'Information Schengen », in C. Marinho (éd.), *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam : A First Assessment*, EIAP, Maastricht, 2001.

DÉFENSE ET POLITIQUE EXTÉRIEURE ET DE SÉCURITÉ COMMUNE

BRIBOSIA, Hervé, «Les coopérations renforcées et les nouvelles formes de flexibilité en matière de défense », *RDUE*, 4-2004, p. 647

DURANTIN, J.F., « La mise en oeuvre des coopérations renforcées : quel projet politique pour l'Europe ? » *Défense Nationale* Paris, 2000. p. 22.

HOWORTH J., « The European Draft Constitutional Treaty and the Future of the European Defence Initiative », *European Foreign Affairs Review*, 2004, p. 483.

JAEGER, T. « Enhanced cooperation in the Treaty of Nice and flexibility in the Common Foreign and Security Policy » *European Foreign Affairs Review*, 2002, p. 297

NONES, M., « A Test Bed for Enhanced Cooperation : the European Defence Industry », *International Spectator*, Roma, p. 25.

REMACLE, E. « Vers des coopérations renforcées dans la politique européenne de sécurité et de défense », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Volume II, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, Vol. II, p. 155.

SCHOUTHEETE (de), Ph., *La cohérence par la défense – une autre lecture de la PESD*, Cahiers de Chaillot n° 71, 2004, en particulier pp. 21 à 51.

TÖRÖ Csaba, « The Latest Example of Enhanced Cooperation in the Constitutional Treaty: The Benefits of Flexibility and Differentiation in European Security and Defence Policy Decisions and their Implementation », in *European Law Journal*, 2005, p. 641.

**DOCUMENTS RELATIFS AUX CONFÉRENCES
INTERGOUVERNEMENTALES ET À LA CONVENTION EUROPÉENNE**

**CONFÉRENCE INTERGOUVERNEMENTALE
1996 – 1997 (Traité d'Amsterdam)**

CONF 3821/96, 16 April 1996, *Summary Note of the Italian Presidency on Enhanced Co-operation/Flexibility*

CONF 3914/96, 24 September 1996, *Introductory Note of the Irish Presidency on Flexibility*

CONF 3955/96, 18 October 1996, *Joint France and Germany Proposal to the Intergovernmental Conference on the Revision of the Maastricht Treaty on 'Enhanced Cooperation'* (v. aussi in Europe Documents, n° 2009, 29 octobre 1996)

CONF 3985/96, 19 November 1996, *Presidency Note on the IGC Ministerial meeting on 25 November 1996*

CONF 3999/96, Bruxelles, 29 novembre 1996 (Portugal), *Draft General Clause of Portugal on Enhanced Co-operation*

CONF 3801/97, Contribution on Flexibility (Italy), 15 January 1997

CONF 3802/97, 16 January 1997, *Presidency Note on Closer Co-operation/Flexibility*

CONF 3805/97, 23 January 1997, *Paper on Flexibility - Enhanced Co-operation (Commission)*

CONF 3813/97, 11 February 1997, *Presidency Non-Paper on Flexibility*

CONF 3835/97, *Revised Draft Presidency Approach on Closer Co-operation between Member States*, 4 March 1997.

CONF 4000/97, Bruxelles, 12 juin 1997.

CONF 4001/97, Bruxelles, 19 juin 1997.

GROUPE DE RÉFLEXION, Conférence intergouvernementale de 1996 — Rapport du groupe de réflexion et autres références documentaires, Bruxelles, Office des publications, 1995.

PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution du 17 mai 1995, doc. PE 190.441, point 16.

PARLEMENT EUROPÉEN, Rapport du 1er juillet 1998 sur la mise en oeuvre du Traité d'Amsterdam : implications des coopérations renforcées, A4-0257/98 (Rapport *Frischenschlager*).

PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution du 16 juillet 1998 sur la mise en oeuvre du Traité d'Amsterdam : implications des coopérations renforcées.

CONFÉRENCE INTERGOUVERNEMENTALE 1999 – 2000 (Traité de Nice)

CONFER 4716/00 , Éventuelle proposition d'inscription d'autres points à l'ordre du jour de la Conférence, 1er mars 2000

CONFER 4721/00, Mémorandum du Benelux, 7 mars 2000.

CONFER 4750/00, Rapport de la présidence au Conseil de Feira (du 19 et 20 juin), Conférence intergouvernementale sur la réforme institutionnelle , 14 juin 2000.

CONFER 4755/00, Note de la présidence, Suivi des travaux du Conseil européen de Feira et organisation des travaux, 6 juillet 2000.

CONFER 4758/00, Coopérations renforcées, 11 juillet 2000.

CONFER 4760/00, Coopération renforcée dans le cadre du deuxième pilier — proposition de la délégation espagnole, 14 juillet 2000.

CONFER 4761/00, Coopérations renforcées, 18 juillet 2000.

CONFER 4765/00, Coopération renforcée — proposition de la délégation belge, 28 août 2000.

CONFER 4766/00, Coopérations renforcées, 30 août 2000.

CONFER 4780/00, Coopérations renforcées, 5 octobre 2000.

CONFER 4783/00, Coopérations renforcées — Document de synthèse de l'Allemagne et de l'Italie, 4 octobre 2000.

CONFER 4786/00, Coopérations renforcées, 18 octobre 2000.

CONFER 4787/00, Mémorandum Benelux sur la CIG et l'avenir de l'Union européenne, 19 octobre 2000.

CONFER 4790/00, Document de synthèse, 3 novembre 2000.

CONFER 4798/00, Les coopérations renforcées, 9 novembre 2000.

CONFER 4803/00, Les coopérations renforcées, 17 novembre 2000.

CONFER 4810/00, Document de synthèse révisé, 23 novembre 2000.

SN 5332/00, Observations sur le projet de modification à l'article 24 du TUE, 24 novembre 2000

CONFER 4815/00, Document de synthèse révisé, 30 novembre 2000.

CONFER 4816/00, Projet de traité de Nice, 6 décembre 2000.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Adapter les institutions pour réussir l'élargissement*, Contribution de la Commission à la préparation de la Conférence intergouvernementale sur les questions institutionnelles, 10 novembre 1999.

COMMISSION EUROPÉENNE *Adapter les institutions pour réussir l'élargissement*, Avis du 26 janvier 2000, reproduit dans CONFER 4701/00, 1er février 2000.

CONSEIL EUROPÉEN (Helsinki), POLGEN 4, 13636/99, *Efficient institutions after enlargement – Options for the intergovernmental conference*, 7 December 1999.

CONSEIL EUROPÉEN (Helsinki) du 10 et 11 décembre 1999, Conclusions.

DEHAENE, J.-L., WEIZSÄCKER (von), R. SIMON, D. (groupe des Sages), *Implications institutionnelles de l'élargissement*. Rapport à la Commission européenne, Bruxelles, 18 octobre 1999.

PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution du 16 juillet 1998 sur la mise en œuvre du Traité d'Amsterdam : implications des coopérations renforcées, J.O. C 292, du 31 septembre 1998, p. 143.

PARLEMENT EUROPÉEN, Rapport du 1er juillet 1998 sur la mise en œuvre du Traité d'Amsterdam : implications des coopérations renforcées, A4-0257/98 (Rapporteur : *Frischenschlager*).

PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution du 25 octobre 2000 sur la coopération renforcée, 2000/2161(INI).

PARLEMENT EUROPÉEN, Rapport du 12 octobre 2000 sur la coopération renforcée, A5-0288/2000 Final (Rapporteur : J.M. *Gil-Robles Gil-Delgado*), PE.286.95

CONVENTION EUROPÉENNE 2002 - 2003

CONV 461/03, du 16 décembre 2002 (Rapport final du groupe de travail sur la défense)

CONV 470/02 du 22 décembre 2002 (CONTRIB 180) (UEM)

CONV 529/03 du 6 février 2003 (UEM)

CONV 618/03/ADD 1 du 20 mars 2003 (UEM)

CONV 685/03, du 23 mai 2003 (Défense)

CONV 723/03, du 14 mai 2003 (Les coopérations renforcées – Note de réflexion et projet d'articles)

CONV 724/03 REV 1, du 28 mai 2003.

CONV 724/03 du 26 mai 2003, p. 105.

CONV 724/03 REV 1, du 28 mai 2003

CONV 725/03, du 25 mai 2003, p. 172.

CONV 759/03 du 22 mai 2003 (CONTRIB 336)

CONV 779/03 du 4 juin 2003.

CONV 783/03 du 16 juin 2003.

CONV 791/03 du 6 juin 2003.

CONV 802/03 du 12 juin 2003.

CONV 805/03, 11 June 2003, p. 4 (UEM)

CONV 820/3 du 20 juin 2003.

CONV 821/03 du 27 juin 2003, p. 4

CONV 836/03 du 27 juin 2003 (Défense)

CONV 836/03 du 27 juin 2003, p. 45 (UEM)

CONV 847/03, du 8 juillet 2003

CONV 847/03 du 8 juillet 2003, p. 43 (UEM)

**CONFÉRENCE INTERGOUVERNEMENTALE
2003 – 2004 (Traité établissant une Constitution pour l'Europe)**

CIG 50/03

CIG 50/03, p. 125.

CIG 52/03 ADD 1 du 25 novembre 2003, annexe 17

CIG 57/03 du 2 décembre et CIG 57/1/03 du 5 décembre.

CIG 60/03 ADD 1, annexe 22, pp. 31 et s

CIG 80/04 du 12 juin 2004, annexe 9, p. 15

CIG 83/04, p. 22