

N° 47

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2006-2007

Annexe au procès-verbal de la séance du 30 octobre 2006

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la délégation pour l'Union européenne (1) sur les « **clauses passerelles** » et les « **coopérations renforcées** » en matière de **justice et d'affaires intérieures,***

Par M. Hubert HAENEL,
Sénateur.

(1) Cette délégation est composée de : M. Hubert Haenel, président ; MM. Denis Badré, Jean Bizet, Jacques Blanc, Jean François-Poncet, Bernard Frimat, Simon Sutour, vice-présidents ; MM. Robert Bret, Aymeri de Montesquiou, secrétaires ; MM. Robert Badinter, Jean-Michel Baylet, Yannick Bodin, Didier Boulaud, Mme Alima Boumediene-Thiery, MM. Louis de Broissia, Gérard César, Christian Cointat, Robert del Picchia, Marcel Deneux, André Dulait, Pierre Fauchon, André Ferrand, Yann Gaillard, Paul Girod, Mmes Marie-Thérèse Hermange, Fabienne Keller, MM. Serge Lagache, Gérard Le Cam, Louis Le Pensec, Mmes Colette Mélot, Monique Papon, MM. Yves Pozzo di Borgo, Roland Ries, Mme Catherine Tasca, MM. Alex Türk, Serge Vinçon.

SOMMAIRE

	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	5
I. LA « CLAUSE PASSERELLE » DE L'ARTICLE 67 § 2 DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE	11
A. DESCRIPTION	11
1. <i>Signification</i>	11
2. <i>Historique</i>	12
3. <i>Les matières concernées</i>	13
B. CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE.....	13
C. CONSÉQUENCES ET COMPARAISON AVEC LES DISPOSITIONS DU TRAITÉ CONSTITUTIONNEL.....	14
1. <i>Le vote à la majorité qualifiée au Conseil et la codécision du Parlement européen</i>	14
2. <i>Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes</i>	15
D. QUE PENSER DE CETTE « CLAUSE PASSERELLE » ?	16
1. <i>En ce qui concerne le passage au vote à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision avec le Parlement européen pour l'immigration légale et le droit de la famille</i>	16
2. <i>En ce qui concerne l'étendue du contrôle de la Cour de justice</i>	17
a) <i>La position de la Commission européenne</i>	17
b) <i>Que penser de cette initiative ?</i>	18
II. LA « CLAUSE PASSERELLE » DE L'ARTICLE 42 DU TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE	21
A. DESCRIPTION	21
1. <i>Signification</i>	21
2. <i>Historique</i>	21
3. <i>Les matières concernées</i>	22
B. CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE.....	22
1. <i>La procédure</i>	22
2. <i>Les autres conditions</i>	23
C. CONSÉQUENCES ET COMPARAISON AVEC LES DISPOSITIONS DU TRAITÉ CONSTITUTIONNEL	24
1. <i>Le droit d'initiative</i>	24
2. <i>La prise de décision par le Conseil et le Parlement européen</i>	25
3. <i>Les autres conséquences</i>	26

a) Les instruments juridiques	26
b) Le contrôle juridictionnel	27
c) La position particulière de certains États	29
d) Les « coopérations renforcées »	29
e) Les accords internationaux	30
D. QUE PENSER DE CETTE « CLAUSE PASSERELLE » ?	31
1. <i>Les avantages et les inconvénients</i>	31
a) Les avantages	31
b) Les inconvénients	32
2. <i>Les risques de la démarche</i>	33
a) Une anticipation ou un « détricotage » du traité constitutionnel ?	33
b) Un processus long et au résultat incertain	34
3. <i>Les positions en présence</i>	34
a) La position de la Commission européenne	34
b) La position du Parlement européen	34
c) Les positions des États membres	35
III. UNE SOLUTION ALTERNATIVE : LE RECOURS AUX « COOPÉRATIONS RENFORCÉES »	37
A. LES « COOPÉRATIONS RENFORCÉES » DANS LE CADRE DES TRAITÉS	37
1. <i>Les conditions requises pour lancer une « coopération renforcée »</i>	38
a) C'est pour le « troisième pilier » que le traité de Nice se montre le plus ouvert à la perspective des « coopérations renforcées »	38
b) En alignant les règles relatives aux « coopérations renforcées » applicables au « troisième pilier » sur le régime de droit commun, le traité constitutionnel rendait plus difficile le recours à ce mécanisme.	39
2. <i>Les domaines envisageables des « coopérations renforcées »</i>	39
a) L'adoption de normes pourrait d'ores et déjà être facilitée par le recours aux « coopérations renforcées » dans le « troisième pilier »	39
b) En revanche, pour les aspects opérationnels, les « coopérations renforcées » présenteraient un moindre intérêt.	40
B. LES « COOPÉRATIONS RENFORCÉES » HORS TRAITÉS	41
1. <i>Les précédents</i>	41
2. <i>Les domaines envisageables</i>	42
a) Le contrôle des frontières extérieures et la lutte contre l'immigration clandestine	42
b) La création d'un véritable espace judiciaire, tant en matière pénale, que civile	42
c) La lutte contre certaines formes graves de criminalité transnationale	43
CONCLUSION	45
EXAMEN EN DÉLÉGATION	47

INTRODUCTION

La justice et la sécurité font partie des domaines où s'exprime la plus forte demande d'Europe chez les citoyens. Certes, depuis le traité d'Amsterdam, en 1999, l'Union européenne a affiché l'objectif de devenir un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». Mais, malgré certains succès, comme le mandat d'arrêt européen, les réalisations concrètes sont restées sans commune mesure avec les enjeux soulevés par l'augmentation de l'immigration clandestine et le développement des formes graves de criminalité transnationale, comme le terrorisme, la traite des êtres humains ou le trafic de drogue. C'est pourquoi le traité constitutionnel prévoyait d'étendre les compétences de l'Union européenne dans ces domaines, de renforcer les organes existants comme Europol et Eurojust et il rendait possible la création d'un Parquet européen.

L'échec des référendums sur ce traité en France et aux Pays-Bas a empêché l'entrée en vigueur de ces solutions. C'est dans ce contexte qu'a été évoquée l'idée de recourir aux « clauses passerelles », contenues dans les traités existants, pour accélérer la construction de l'« espace de liberté, de sécurité et de justice ».

Qu'est ce qu'une « clause passerelle » ?

Une « clause passerelle » peut se définir comme une disposition des traités permettant, après leur entrée en vigueur, de modifier certaines procédures de décision ou de contrôle sans recourir à une Conférence intergouvernementale.

Il s'agit d'un mécanisme qui résulte souvent de compromis entre les États membres lors des négociations au sein des Conférences intergouvernementales : faute de se mettre d'accord sur une disposition, on introduit la possibilité ultérieure de son adoption par une décision en forme simplifiée.

C'est d'abord l'Assemblée nationale qui, la première, a évoqué cette idée, à l'initiative de sa délégation pour l'Union européenne, dans une résolution adoptée le 29 mars 2006. Le Gouvernement français a ensuite repris cette suggestion dans sa contribution portant sur les améliorations possibles à partir du cadre existant des traités, en date du 24 avril 2006. Les chefs d'État et de gouvernement y ont fait indirectement référence, lors du Conseil européen des 15 et 16 juin 2006, en demandant à la présidence finlandaise « *d'étudier, en étroite collaboration avec la Commission, les possibilités d'améliorer le processus décisionnel et les actions dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, sur la base des traités existants* ».

Dans sa communication sur « *la mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre* », du 28 juin 2006, la Commission européenne s'est d'ailleurs déclarée prête à prendre des initiatives en ce sens. Et, lors du dernier Conseil « Justice et Affaires intérieures » informel de Tampere, des 21 et 22 septembre 2006, les représentants des États membres ont débattu de cette idée.

Cependant, ni du côté de la Commission européenne, ni du côté du Gouvernement, on ne dispose d'une étude présentant cette procédure, ses conditions de mise en œuvre et ses implications. Les seuls documents disponibles sur ce sujet sont des documents parlementaires : un rapport de notre collègue député Christian Philip et un rapport de la Chambre des Lords (1). Ces rapports sont particulièrement intéressants, mais ils ne portent, en réalité, que sur l'une des deux « clauses passerelles » envisageables.

En effet, **il existe deux « clauses passerelles » en matière de justice et d'affaires intérieures :**

– pour les matières qui ont été transférées dans le « pilier » communautaire par le traité d'Amsterdam (comme l'asile, l'immigration et les autres politiques relatives à la libre circulation des personnes, ainsi que la coopération judiciaire en matière civile), **il s'agit de la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du traité instituant la Communauté européenne, qui permet notamment de remplacer la règle de l'unanimité au sein du Conseil par le vote à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement européen ;**

– pour les matières qui relèvent du « troisième pilier », c'est-à-dire la coopération policière et la coopération judiciaire en matière pénale, il s'agit de la « clause passerelle » de l'article 42 du traité sur l'Union européenne, qui permet de transférer dans le « pilier » communautaire tout ou partie de ces matières.

(1) *Rapport d'information du député Christian Philip sur « Les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne » publié le 25 janvier 2006 et rapport de la Chambre des Lords du Parlement britannique intitulé « The criminal law competence of the European Community » publié le 28 juillet 2006.*

Encore convient-il de déterminer clairement la signification, les conditions d'utilisation, les chances de succès et les conséquences du recours à ces « clauses passerelles ». Ce n'est qu'ainsi que l'on peut estimer s'il est raisonnablement concevable d'y recourir dans un avenir proche. Et, dans le cas où ce recours paraîtrait peu vraisemblable, il convient de se demander si le recours au mécanisme des « coopérations renforcées », dans le cadre du traité ou en dehors de lui, ne permettrait pas de réaliser de plus grandes avancées vers la création de l'« espace de liberté, de sécurité et de justice ».

Qu'est-ce qu'une « coopération renforcée » ?

Il s'agit d'un mécanisme qui permet aux États qui le souhaitent et le peuvent d'approfondir leur coopération dans un domaine précis, sans en être empêché par les autres États membres.

On peut distinguer deux formes de « coopérations renforcées » :

- les « coopérations renforcées » dans le cadre des traités ;
- les « coopérations renforcées » en dehors du cadre des traités.

RAPPEL DU CADRE INSTITUTIONNEL DE L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE

• La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures a été prévue par le **traité de Maastricht**, entré en vigueur en 1993. L'originalité du traité de Maastricht résidait, en effet, dans la création, à côté du « premier pilier » communautaire, à dominante économique et monétaire, de deux « piliers » de nature intergouvernementale : le « deuxième pilier », qui correspond à la politique étrangère et de sécurité commune, et le « troisième pilier », qui regroupait les dispositions relatives à la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures.

Contrairement à la méthode communautaire « pure », où la Commission européenne détient le monopole de l'initiative et où le Conseil statue à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement européen, sous le contrôle de la Cour de justice, le « troisième pilier » du traité de Maastricht se caractérisait par plusieurs spécificités, qui reflétaient sa nature intergouvernementale. En particulier, il était gouverné par la règle de l'unanimité au sein du Conseil des ministres.

• Le **traité d'Amsterdam**, entré en vigueur en 1999, a marqué une étape supplémentaire en modifiant profondément l'approche de ces questions.

En effet, le **traité d'Amsterdam a transféré dans le « pilier » communautaire certaines matières qui relevaient auparavant du « troisième pilier »**, en particulier les mesures relatives à l'asile et à l'immigration, aux contrôles des frontières, ainsi qu'à la coopération judiciaire en matière civile. Toutefois, **ce transfert n'équivalait pas à une « communautarisation » complète**. En effet, le traité d'Amsterdam, puis le traité de Nice, ont prévu une application progressive de la méthode communautaire à ces matières. Ainsi, le vote à la majorité qualifiée au Conseil en codécision avec le Parlement européen ne s'applique pas à l'ensemble de ces domaines. De plus, l'étendue du contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes est restée limitée par rapport au régime de droit commun applicable dans le « pilier » communautaire.

Le traité d'Amsterdam a profondément réformé ce qui reste du « **troisième pilier** », c'est-à-dire la coopération policière et judiciaire en matière pénale en s'inspirant de certains aspects du modèle communautaire, tout en conservant certaines spécificités, tant au niveau des instruments juridiques, que du contrôle juridictionnel, ou encore de la prise de décision.

Les **instruments juridiques** sont spécifiques : les « décisions » et les « décisions-cadres » du « troisième pilier » sont dépourvues d'effet direct, contrairement aux directives et aux règlements communautaires ; les conventions nécessitent d'être ratifiées par les États membres pour entrer en vigueur.

La **prise de décision** suit également un régime dérogatoire :

– alors que dans le « pilier » communautaire la Commission dispose du monopole de l'initiative, dans le « troisième pilier » le droit d'initiative est partagé entre la Commission européenne et les États membres ;

– le Conseil des ministres statue, en règle générale, à l'unanimité et le Parlement européen est simplement consulté.

Enfin, le **contrôle juridictionnel** obéit à des règles particulières :

– la Commission européenne ne dispose pas du recours en manquement, seuls les États étant habilités à saisir la Cour à ce titre ;

– l'étendue du contrôle de la Cour de justice est limitée dans le cadre du « troisième pilier » : elle ne peut être saisie d'une question préjudicielle que par les juridictions des États qui ont accepté cette possibilité par le biais d'une déclaration et les particuliers ne peuvent pas saisir la Cour de justice d'un recours en annulation.

• Le **traité constitutionnel** constituait en quelque sorte l'aboutissement de l'évolution engagée par le traité d'Amsterdam. En effet, il prévoyait la suppression de la construction en « piliers » et la création d'un cadre institutionnel unique. Il permettait également d'appliquer la méthode communautaire à l'ensemble de ces matières, avec toutefois le maintien de certaines spécificités pour la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

I. LA « CLAUSE PASSERELLE » DE L'ARTICLE 67 § 2 DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

A. DESCRIPTION

Article 67 § 1 et 2 du traité instituant la Communauté européenne

1. Pendant une période transitoire de cinq ans après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'un État membre et après consultation du Parlement européen.

2. Après une période de cinq ans :

– le Conseil statue sur des propositions de la Commission ; la Commission examine toute demande d'un État membre visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil ;

– **le Conseil statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen, prend une décision en vue de rendre la procédure visée à l'article 251 (1) applicable à tous les domaines couverts par le présent titre ou à certains d'entre eux et d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice.**

1. Signification

L'article 67 § 2 deuxième tiret du traité instituant la Communauté européenne (TCE) établit une passerelle permettant une « communautarisation » pleine et entière des matières relevant du titre IV du TCE, c'est-à-dire les mesures relatives à la libre circulation des personnes, à l'asile et à l'immigration, ainsi qu'à la coopération judiciaire en matière civile. **Cet article permet, en effet, d'appliquer à ces matières la procédure de codécision, c'est-à-dire le vote à la majorité qualifiée au Conseil en codécision avec le Parlement européen, et de renforcer l'étendue des pouvoirs de la Cour de justice.**

(1) L'article 251 du TCE régit la procédure de codécision, qui représente la procédure la plus fréquemment utilisée dans le « pilier » communautaire. Elle se caractérise par deux éléments : l'adoption d'un acte nécessite un accord complet entre le Conseil et le Parlement européen ; Le Conseil des ministres statue par un vote à la majorité qualifiée.

2. Historique

Cet article est issu du traité d'Amsterdam. Ce traité avait transféré certaines matières qui relevaient auparavant du « troisième pilier » dans le « pilier » communautaire.

Toutefois, le souci des négociateurs du traité de ménager une transition avait conduit à différer le recours aux procédures de droit commun du traité instituant la Communauté européenne. Ainsi, pendant une période transitoire de cinq ans, le droit d'initiative était partagé entre la Commission européenne et les États membres. À l'issue de cette période transitoire, c'est-à-dire depuis le 1^{er} mai 2004, la Commission européenne dispose d'un monopole d'initiative dans ces domaines. En ce qui concerne le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision avec le Parlement européen, le traité d'Amsterdam établissait une distinction selon les matières. En outre, l'étendue du contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes est restée limitée par rapport au régime de droit commun applicable dans le « pilier » communautaire.

Le traité de Nice a renforcé la « communautarisation » de ces matières, sans toutefois la pousser à son terme. Les gouvernements des États membres s'étaient engagés, par une déclaration annexée au traité de Nice (déclaration n° 5), à recourir à la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du TCE, pour appliquer, à partir du 1^{er} mai 2004, la procédure de codécision aux mesures relatives à l'immigration clandestine ainsi que, sous réserve d'un accord sur le champ d'application, aux mesures relatives aux contrôles aux frontières extérieures. Toutefois, en dépit de cet engagement, la décision n'a pas été prise à cette date, qui correspondait au dernier élargissement, en raison notamment des discussions sur le traité constitutionnel au sein de la Conférence intergouvernementale.

C'est dans ce contexte que la présidence néerlandaise a proposé, au moment de l'élaboration du nouveau programme pluriannuel relatif à l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » à l'automne 2004, d'utiliser cette « clause passerelle » pour appliquer la procédure de codécision à l'ensemble des mesures relatives à l'immigration, aux contrôles des frontières et aux autres mesures relatives à la libre circulation des personnes. Cette proposition a reçu le soutien de la Commission européenne, du Parlement européen et d'une majorité d'États membres, dont la France. Cependant, certains États membres, et en particulier l'Allemagne, se sont montrés réticents à l'abandon de leur droit de veto, notamment pour les questions liées à l'immigration légale.

La seule utilisation de cette « clause passerelle »

En définitive, les chefs d'État et de gouvernement ont décidé, lors du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, de recourir à la « clause passerelle » pour passer de l'unanimité à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision avec le Parlement européen pour l'ensemble des mesures relatives à l'asile et à la libre circulation des personnes, aux contrôles des frontières, tant intérieures qu'extérieures, ainsi qu'à l'immigration clandestine. Le Conseil a adopté le 22 décembre 2004 cette décision, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. C'est la première et unique fois que la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du TCE a été utilisée.

3. Les matières concernées

La plupart des mesures relevant du titre IV du TCE relèvent déjà de la procédure de codécision. Actuellement, seules les mesures relatives à **l'immigration légale**, ainsi que les aspects de la coopération judiciaire civile touchant au **droit de la famille**, restent soumis à la règle de l'unanimité au Conseil et à la consultation simple du Parlement européen. C'est donc pour ces **deux domaines** qu'il pourrait être recouru à la « clause passerelle » pour la procédure de décision.

En revanche, la « clause passerelle » pourrait être utilisée pour toutes les matières du titre IV du TCE en ce qui concerne l'étendue des compétences de la Cour de justice.

B. CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE

L'article 67 § 2 deuxième tiret du TCE ne prévoit que deux conditions :

- la décision doit être prise à **l'unanimité** par le Conseil ;
- le Parlement européen doit être consulté.

C. CONSÉQUENCES ET COMPARAISON AVEC LES DISPOSITIONS DU TRAITÉ CONSTITUTIONNEL

1. Le vote à la majorité qualifiée au Conseil et la codécision du Parlement européen

• Les mesures relatives à l'immigration légale

Il s'agit de mesures relatives aux conditions d'entrée et de séjour, ainsi que de normes concernant les procédures de délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial.

Il s'agit également de mesures définissant les droits des ressortissants de pays tiers en situation régulière de séjour dans un État membre de séjourner dans les autres États membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire.

Le traité constitutionnel prévoyait le passage à la procédure de codécision pour l'immigration légale, tout en précisant que cela n'affectait pas « *le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers à la recherche d'un emploi salarié ou non salarié* ». Cette disposition avait été introduite à la demande de l'Allemagne dans le souci d'éviter tout système de quotas au niveau européen. Il s'agissait toutefois davantage d'une confirmation que d'une réelle novation.

<p>Sur ce point, le recours à la « clause passerelle » n'entraînerait donc aucun changement par rapport à ce que prévoyait le traité constitutionnel.</p>
--

• Les mesures relatives au droit de la famille

Le traité constitutionnel prévoyait de conserver la règle de l'unanimité au Conseil et la consultation simple du Parlement européen pour ce domaine. Là encore, l'Allemagne, soutenue par plusieurs États, s'était opposée au passage à la codécision. La Constitution reprenait simplement la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 deuxième tiret du TCE pour ce domaine spécifique.

L'utilisation de la « clause passerelle » permettrait donc d'aller en ce domaine au-delà de ce que prévoyait le traité constitutionnel en permettant dès à présent le passage au vote à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision.

2. Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes

Le titre IV du traité instituant la Communauté européenne prévoit à l'article 68 des limitations en ce qui concerne l'étendue des compétences de la Cour de justice par rapport au droit commun.

Ces dérogations sont de **trois** ordres différents.

Tout d'abord, le premier paragraphe de l'article 68 interdit aux juridictions nationales autres que celles de dernière instance de saisir la Cour de justice d'une **question préjudicielle** alors que, dans le droit commun, cette faculté est reconnue à l'ensemble des juridictions nationales.

Le paragraphe 3 de cet article prévoit également que « *le Conseil, la Commission ou un État membre a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer sur une question d'interprétation du présent titre ou d'actes pris par les institutions de la Communauté sur la base de celui-ci* ». Cette possibilité n'existe pas dans le droit commun communautaire.

Enfin, le paragraphe 2 de cet article précise que « *la Cour de justice n'est pas compétente pour statuer sur les mesures ou décisions prises en application de l'article 62 § 1 (...) portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ». Cette disposition ne concerne que les mesures visant à assurer l'absence de tout contrôle des personnes lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures.

Le recours à la « clause passerelle » permettrait de mettre un terme à tout ou partie de ces dérogations. Le traité constitutionnel prévoyait, pour sa part, de mettre fin à l'ensemble de ces dérogations.

L'utilisation de la « clause passerelle » aurait donc à cet égard le même effet que le traité constitutionnel.

D. QUE PENSER DE CETTE « CLAUSE PASSERELLE » ?

1. En ce qui concerne le passage au vote à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision avec le Parlement européen pour l'immigration légale et le droit de la famille

Dans sa communication en date du 28 juin 2006, intitulée « *Mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre* », la Commission européenne s'est déclarée prête à prendre des initiatives en vertu de l'article 67 § 2 du TCE.

• Il semblerait que, dans l'esprit de la Commission européenne, ce soit surtout **l'immigration légale** qui puisse faire l'objet de la « clause passerelle ». En effet, pour la Commission le passage de l'unanimité au vote à la majorité qualifiée dans le domaine de l'immigration légale aurait pour effet de faciliter la prise de décision, en supprimant le droit de veto dont dispose chaque État. Dans sa communication, la Commission mentionne ainsi le cas de la proposition de directive de 2001 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'emploi, dont les discussions n'ont pu aboutir « *du fait de l'application de la règle de l'unanimité* ». De plus, d'après la Commission, la procédure de codécision garantirait l'exercice d'un véritable contrôle démocratique par le Parlement européen pour les questions relatives à l'immigration légale. **Sur ces deux aspects, on peut comprendre la Commission européenne et donc approuver sa suggestion.**

Le principal obstacle devrait toutefois tenir à la position de l'Allemagne, qui s'était déjà fortement opposée au recours à la « clause passerelle » dans le domaine de l'immigration légale, lors des débats autour de la précédente utilisation de cette clause à l'automne 2004.

• Le recours à la « clause passerelle » pour les mesures relatives au **droit de la famille** paraît encore plus hypothétique, compte tenu de la sensibilité de cette matière. En effet, non seulement de nombreux États membres, comme l'Allemagne ou l'Irlande, s'étaient opposés au passage à la codécision pour ce domaine lors des travaux de la Convention et de la Conférence intergouvernementale, mais plusieurs pays parmi les nouveaux États membres, comme Malte ou la Pologne, pourraient également utiliser leur droit de veto pour s'opposer à ce passage.

Il semble donc difficile d'imaginer qu'il sera possible dans un terme raisonnable de réunir l'unanimité nécessaire à la mise en œuvre de la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du TCE afin de recourir à la procédure de codécision.

2. En ce qui concerne l'étendue du contrôle de la Cour de justice

a) La position de la Commission européenne

Dans une communication intitulée « *adaptation des dispositions du titre IV du TCE relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective* », en date du 28 juin 2006, la Commission européenne a proposé de recourir à la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du TCE afin d'aligner les compétences de la Cour de justice sur le régime de droit commun pour toutes les matières relevant du titre IV du TCE. Un projet de décision à cet effet figure même en annexe de cette communication.

La Commission européenne considère, en effet, que l'article 67 § 2 du TCE impose au Conseil, à l'issue de la période transitoire de cinq ans prévue par le traité d'Amsterdam, de « *prendre une décision en vue d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice* ». Or, « *la Commission constate que la période transitoire a expiré le 1^{er} mai 2004 et que le Conseil n'a pas entamé de travaux aux fins de remplir cette obligation juridique* ».

Lors de la précédente utilisation de la « clause passerelle » par la décision du Conseil du 22 décembre 2004, la Commission européenne avait d'ailleurs fait une déclaration annexée au procès-verbal selon laquelle « *il est inacceptable que la décision ne prévoie pas d'adaptation des compétences de la Cour, perpétuant ainsi une situation où l'accès à la Cour de justice demeure limité* ».

Le Parlement européen avait exprimé la même position dans le rapport de Jean-Louis Bourlanges du 16 décembre 2004.

La Commission européenne considère que la manière la plus appropriée d'adapter les dispositions relatives à la Cour consiste à les aligner sur le régime commun de la protection juridictionnelle du traité dans tous les domaines relevant du titre IV. Les dispositions particulières de l'article 68 du TCE devraient donc cesser de s'appliquer.

Cela entraînerait **trois** conséquences :

– tout d’abord, la faculté de saisir la Cour de justice d’une question préjudicielle ne serait plus limitée aux seules juridictions nationales de dernière instance, mais elle serait reconnue à l’ensemble des juridictions nationales ;

– ensuite, la possibilité pour le Conseil, la Commission ou un État membre de demander à la Cour de justice de statuer sur une question d’interprétation du titre IV du traité ou d’actes pris sur cette base serait supprimée. En effet, selon la Commission européenne, cette procédure perdrait sa raison d’être une fois instaurée la procédure préjudicielle normale ;

– enfin, l’exclusion de la compétence de la Cour de justice pour les mesures ou décisions portant sur le maintien de l’ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ne devrait pas être maintenue d’après la Commission.

Pour la Commission, cette mesure présenterait **deux** avantages principaux :

– elle assurerait l’application et l’interprétation uniformes du droit communautaire dans ce domaine comme dans tout autre ;

– elle permettrait de renforcer la protection juridictionnelle, et ce dans des domaines particulièrement sensibles au regard des droits fondamentaux.

b) Que penser de cette initiative ?

• **En ce qui concerne l’ouverture des questions préjudicielles à l’ensemble des juridictions nationales, on ne peut qu’être favorable à cette idée.**

En effet, dès 1995, la Cour de justice avait adressé cette mise en garde :
« Limiter la possibilité de saisir la Cour aurait pour effet de mettre en cause l’application et l’interprétation uniformes du droit communautaire dans l’ensemble de l’Union, et risquerait ainsi de priver les particuliers d’une protection juridictionnelle effective et de porter atteinte à l’unité de la jurisprudence (...). Le système de renvoi préjudiciel constitue la véritable clé de voûte du fonctionnement du marché intérieur, puisqu’il est essentiel à la préservation du caractère communautaire du droit institué par les traités et qu’il a pour but d’assurer en toute circonstance à ce droit le même effet dans tous les États membres (...). L’une des missions essentielles de la Cour consiste

précisément à assurer une telle interprétation uniforme et c'est en répondant aux questions posées par ces tribunaux nationaux qu'elle s'en acquitte » (1).

Lors de son audition dans le cadre des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, l'ancien Président de la Cour, M. Rodriguez Iglesias, avait regretté la persistance de disparités dans le contrôle juridictionnel au sein de l'Union européenne et il avait recommandé « *l'uniformisation du système de protection juridictionnelle sur la base du modèle communautaire* » qui constituerait d'après lui « *la meilleure voie pour assurer le respect du droit dans tout le domaine de l'Union européenne* ».

De plus, comme le relève la Commission européenne, la dérogation introduite à l'article 68 § 1 du TCE intervient dans des politiques qui sont d'une sensibilité particulière au regard des droits fondamentaux. Or, en raison de cette dérogation, les personnes concernées sont contraintes d'épuiser toutes les voies de recours nationales jusqu'au dernier degré de juridiction, pour obtenir qu'un renvoi préjudiciel puisse clarifier leurs droits. En outre, le système actuel aboutit à une situation paradoxale. Étant donné que seule la Cour de justice est compétente pour prononcer l'invalidité d'un acte, un juge national de première instance ou d'appel sera contraint d'appliquer un acte, même s'il était convaincu de l'illégalité de l'acte en question, sans pouvoir saisir la Cour de justice.

La difficulté tient cependant au risque de surcharge de la Cour de justice, en particulier pour les domaines de l'asile et de l'immigration, qui se caractérisent par un contentieux de masse et des fortes contraintes de délais.

Ainsi, le traitement des demandes d'asile est souvent encadré dans de brefs délais au niveau national. Or, le délai moyen de réponse de la Cour de justice à une question préjudicielle était de vingt mois en 2005.

En tout état de cause, une telle mesure devrait donc s'accompagner de la mise en place d'une procédure accélérée au sein de la Cour de justice permettant de traiter dans des délais raisonnables les questions préjudicielles relatives à ces matières.

Le nouveau Président de la Cour de Justice, M. Vassilios Skouris, a d'ailleurs adressé récemment une lettre à la présidence finlandaise et aux États membres, dans laquelle il propose l'introduction d'une nouvelle procédure accélérée au sein de la Cour pour traiter dans un délai rapide les questions préjudicielles relatives aux libertés publiques.

• En revanche, la suppression de la possibilité reconnue à un État membre, à la Commission ou au Conseil, de saisir la Cour d'une demande

(1) Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du traité sur l'Union européenne, 1995.

d'interprétation ne paraît pas souhaitable. Bien que cette faculté n'ait jamais été utilisée jusqu'à présent, elle conserve cependant une réelle utilité. Ainsi, on pourrait imaginer que, lors de l'élaboration d'un texte législatif au niveau national, une difficulté se pose au sujet de sa conformité avec le droit communautaire. Il serait alors utile de saisir la Cour de justice d'une demande d'avis.

• Enfin, **la suppression de la réserve d'ordre public** pourrait avoir pour conséquence de soumettre au contrôle de la Cour de justice le recours à la clause de sauvegarde de l'article 2 § 2 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, qui permet à un État de rétablir temporairement des contrôles aux frontières intérieures en cas de menace à l'ordre public ou à la sécurité nationale. Or, comme l'a affirmé le Sénat, dans sa résolution du 15 février 2005, *« la décision de réintroduire temporairement des contrôles aux frontières intérieures en cas de menace à l'ordre public, à la santé publique ou à la sécurité nationale doit continuer à relever de la seule appréciation de l'État ou des États concerné(s) par cette menace »*. **Pour cette raison, elle n'apparaît pas opportune.**

Le recours de la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 paraît utile et envisageable pour renforcer l'étendue des compétences de la Cour de justice en matière de questions préjudicielles pour toutes les matières relevant du titre IV du TCE à la condition de mettre en place une procédure accélérée au sein de la Cour de justice.

II. LA « CLAUSE PASSERELLE » DE L'ARTICLE 42 DU TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE

A. DESCRIPTION

Article 42 du traité sur l'Union européenne

Le Conseil, statuant à l'unanimité à l'initiative de la Commission ou d'un État membre, et après consultation du Parlement européen, peut décider que des actions dans les domaines visés à l'article 29 relèveront du titre IV du traité instituant la Communauté européenne et, en même temps, déterminer les conditions de vote qui s'y rattachent. Il recommande l'adoption de cette décision par les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

1. Signification

L'article 42 du TUE établit une passerelle entre la coopération à caractère intergouvernemental telle qu'elle est à l'œuvre dans le cadre du « troisième pilier » et le « pilier » communautaire. **Cette passerelle permet, en effet, le passage de matières relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale du titre VI du TUE au titre IV du TCE.**

2. Historique

L'article 42 du traité sur l'Union européenne a été introduit par le traité d'Amsterdam. Il s'inspire de l'article K 9 du traité de Maastricht, qui prévoyait déjà une passerelle permettant de transférer des matières du troisième au premier « pilier ». Toutefois, l'article K 9 excluait expressément la possibilité de « communautariser » la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Aucune utilisation à ce jour de cette « clause passerelle »

La « clause passerelle » de l'article 42 du TUE, tout comme celle de l'article K9, n'ont jamais été utilisées. C'est le traité d'Amsterdam qui a réalisé la « communautarisation » envisagée à l'article K 9.

3. Les matières concernées

Les matières susceptibles de faire l'objet de la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE sont toutes les « actions » entrant dans le champ de compétence du « troisième pilier » défini à l'article 29. Il s'agit donc de **toutes les mesures de coopération policière et de coopération judiciaire en matière pénale**, y compris le rapprochement des règles de droit pénal dans le domaine de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue.

Le Conseil peut décider de transférer tout ou partie de ces matières dans le « premier pilier ». L'article 42 du TUE dispose, en effet, que « *le Conseil (...) peut décider que **des** actions dans les domaines visés à l'article 29 relèveront du titre IV du traité instituant la Communauté européenne (...)* ». Le Conseil dispose donc d'une totale liberté de choix pour déterminer les matières susceptibles d'être « communautarisées ».

En revanche, la « clause passerelle » ne peut avoir pour effet de modifier la délimitation des compétences entre l'Union européenne ou la Communauté et les États membres. Elle ne peut pas entraîner de nouveaux transferts de compétences, contrairement à ce que prévoyait le traité constitutionnel. Elle ne permettrait donc pas de renforcer les compétences de l'Union européenne dans le domaine de la coopération judiciaire pénale, ni d'étendre les prérogatives d'Europol et d'Eurojust et de créer un Parquet européen à partir de ce dernier.

B. CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE

1. La procédure

L'article 42 du traité sur l'Union européenne prévoit une procédure en **quatre** étapes :

– l'initiative peut revenir à la Commission européenne ou à un État membre ;

- le Parlement européen doit être consulté ;
- la décision doit être prise à **l'unanimité** par les gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil ;
- cette décision doit également être adoptée par les États membres **« conformément à leurs règles constitutionnelles respectives »**. Cette expression signifie que cette décision devra faire l'objet d'un acte de ratification ou d'approbation par tous les États membres.

La mise en œuvre de la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE est donc soumise à des conditions plus strictes que celle de l'article 67 § 2 du TCE. En effet, elle nécessite non seulement une décision unanime des vingt-cinq ou vingt-sept gouvernements, mais aussi une ratification par l'ensemble des parlements nationaux des États membres. Dans certains États membres, comme l'Irlande, la mise en œuvre de la « clause passerelle » pourrait même nécessiter un référendum.

2. Les autres conditions

La mise en œuvre de la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE nécessiterait vraisemblablement une révision constitutionnelle préalable dans plusieurs États membres, en particulier en France.

La « communautarisation » de la coopération policière et judiciaire en matière pénale entraînerait une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Le Conseil constitutionnel estime, en effet, *« qu'appelle une révision de la Constitution toute disposition d'un traité qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale mais relevant déjà des compétences de l'Union ou de la Communauté, modifie les règles de décision applicables, soit en substituant la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité au sein du Conseil, privant ainsi la France de tout pouvoir d'opposition, soit en conférant une fonction décisionnelle au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, soit en privant la France de tout pouvoir propre d'initiative »* (décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, traité établissant une Constitution pour l'Europe).

Ainsi, lors de l'examen du traité constitutionnel, le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions relatives à la coopération judiciaire en matière pénale nécessitaient une révision constitutionnelle en raison du passage à la règle de la majorité qualifiée au Conseil, à la codécision avec le

Parlement européen, et de la perte du droit d'initiative individuel des États membres.

À cet égard, l'article 88-1 alinéa 2 de la Constitution, introduit par la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, ne serait pas de nature à lever l'obstacle constitutionnel. En effet, il n'autorise de nouveaux transferts de souveraineté que dans les conditions prévues par le traité constitutionnel.

En outre, le Conseil constitutionnel estime que les « clauses passerelles » posent un problème de constitutionnalité, en dépit du caractère seulement éventuel de leur mise en œuvre, dès lors qu'elles ne nécessitent aucun acte de ratification ou d'approbation nationale de nature à permettre un contrôle de constitutionnalité. Or, les matières qui seraient transférées dans le « pilier » communautaire, par le biais de la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE, pourront ultérieurement faire l'objet de la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du TCE, qui, contrairement à la première, ne nécessite pas de procédure de ratification ou d'approbation.

C. CONSÉQUENCES ET COMPARAISON AVEC LES DISPOSITIONS DU TRAITE CONSTITUTIONNEL (1)

1. Le droit d'initiative

Alors que dans le « pilier » communautaire, la Commission européenne dispose du monopole d'initiative, le droit d'initiative est partagé entre la Commission européenne et les États membres dans le « troisième pilier ».

Le recours à la « clause passerelle » entraînerait-il la perte du droit d'initiative des États membres ?

Lors des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, la Commission européenne avait plaidé pour la suppression du droit d'initiative des États membres. Elle avait notamment fait valoir que le droit d'initiative étatique était source de complexité, puisque chaque État était tenté de faire remonter au niveau européen ses propres priorités. Toutefois, certains experts avaient souligné l'intérêt de conserver un droit d'initiative des États membres (on peut rappeler que Eurojust a été créé à l'initiative, non pas de la Commission, mais de plusieurs

(1) Les conséquences du recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE ont été analysées dans le rapport de la Chambre des Lords du Parlement britannique intitulé « The criminal law competence of the European Community » publié le 28 juillet 2006.

États membres) (1). Il faut en effet savoir que le monopole d'initiative confère à la Commission européenne un pouvoir considérable, puisque non seulement elle seule dispose du droit de présenter (et de retirer) une proposition mais toute modification de celle-ci nécessite une décision unanime au sein du Conseil, y compris lorsque celui-ci peut adopter l'acte en question à la majorité qualifiée.

En définitive, le traité constitutionnel prévoyait que le droit d'initiative resterait partagé entre la Commission européenne et les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Toutefois, alors que actuellement chaque État membre peut proposer une initiative, le traité constitutionnel introduisait un seuil d'au moins un quart des États membres.

Étant donné que la Commission européenne dispose d'un monopole d'initiative dans le titre IV du TCE (même si l'article 67 § 2 tiret 1 du TCE prévoit que « *la Commission examine toute demande d'un État membre visant à ce qu'elle soumette une proposition au Conseil* »), et que l'article 42 du TUE ne laisse au Conseil qu'une marge de manœuvre en ce qui concerne les conditions de vote, **il semble que le recours à la « clause passerelle » ne permette pas de préserver le droit d'initiative étatique.**

De ce point de vue, le recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE conduirait donc à aller au-delà de ce que prévoyait le traité constitutionnel.

2. La prise de décision par le Conseil et le Parlement européen

L'article 42 du TUE prévoit que le Conseil peut choisir « les conditions de vote » qui seront applicables aux matières transférées. Ce pouvoir, dévolu au Conseil, lui donne la possibilité de « moduler » la « communautarisation » qu'il décide.

Le Conseil pourrait ainsi décider que les matières « communautarisées » seront régies par le vote à la majorité qualifiée au Conseil ou bien que tout ou partie d'entre elles resteront soumises à la règle de l'unanimité.

Il pourrait également déterminer si ces matières resteront soumises à une simple consultation du Parlement européen ou bien si elles feront l'objet de la procédure de codécision.

(1) Voir notamment l'audition de Henri Labayle, le 8 octobre 2002, devant le groupe de travail chargé de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de la Convention pour l'avenir de l'Europe.

On peut aussi envisager toute une série de formules intermédiaires, telles que, par exemple, la mise en place d'une « clause d'appel » au Conseil européen, la création d'une « majorité super qualifiée » ou encore le recours au mécanisme de l'abstention constructive.

Le traité constitutionnel modifiait profondément la prise de décision pour les matières relevant du « troisième pilier ». En ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale, il prévoyait le passage de l'unanimité au Conseil et de la consultation du Parlement européen au vote à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision du Parlement européen. Toutefois, pour tout texte relatif à l'harmonisation pénale, il prévoyait une clause d'appel au Conseil européen. Pour la coopération policière, il introduisait une distinction entre les aspects opérationnels, qui restaient régis par la règle de l'unanimité du Conseil après consultation simple du Parlement européen, et les autres aspects (comme l'échange d'informations par exemple) où il prévoyait le vote à la majorité qualifiée au Conseil en codécision avec le Parlement européen.

En tout état de cause, une fois que des matières auront été transférées dans le « pilier » communautaire, elles pourront faire l'objet ultérieurement de la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du traité instituant la Communauté européenne, et elle pourront donc être soumises à la procédure de codécision, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une ratification parlementaire.

Là encore, la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE, combinée avec celle de l'article 67 § 2 du TCE, irait au delà de ce que prévoyait le traité constitutionnel.

3. Les autres conséquences

a) Les instruments juridiques

Les « décisions » et les « décisions-cadres » du « troisième pilier » seraient remplacées par des « règlements » et des « directives » communautaires.

Ces instruments exerceraient un « effet direct ». On peut toutefois relever que si l'article 34 § 2 lettre b) du TUE exclut expressément tout effet direct pour les décisions et les décisions-cadres prises en vertu du « troisième pilier », la Cour de justice a posé, dans un arrêt dit *Pupino* du 16 juin 2005, le principe selon lequel le droit national devait être interprété de telle sorte

qu'il soit en conformité avec une décision-cadre prise sur le fondement du « troisième pilier ». On peut d'ailleurs s'étonner d'une décision qui paraît aller clairement à l'encontre de la lettre du traité.

Les « conventions » du « troisième pilier » qui nécessitent d'être ratifiées avant d'entrer en vigueur, seraient supprimées. Cet instrument est cependant déjà tombé en désuétude ces dernières années.

Sur ce point, la « clause passerelle » aboutirait au même résultat que le traité constitutionnel.

b) Le contrôle juridictionnel

Le recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE aurait pour effet de renforcer le contrôle juridictionnel pour les matières communautarisées.

Ainsi, la Commission européenne disposerait du droit de former un recours en manquement, alors que ce droit ne lui est pas reconnu dans le cadre du « troisième pilier ».

Or, la Commission européenne a relevé dans sa communication sur « *la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2005* » les nombreuses lacunes qui subsistent dans la mise en œuvre des instruments adoptés.

Là encore, la « clause passerelle » entraînerait le même résultat que le traité constitutionnel.

L'appréciation des conséquences de ce transfert sur l'étendue du contrôle de la Cour de justice est plus délicate en raison des modifications introduites par le traité d'Amsterdam.

Le traité d'Amsterdam a renforcé les compétences de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine du « troisième pilier ».

Parallèlement, il a prévu certaines spécificités en ce qui concerne l'étendue du contrôle de la Cour de justice pour les matières qu'il transférait du « troisième pilier » au « premier pilier ».

Actuellement, la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions et des décisions-cadres ainsi que sur l'interprétation des conventions prises sur le fondement du « troisième pilier ». Toutefois, cette compétence en matière préjudicielle ne joue que si l'État membre l'accepte à travers une déclaration dans laquelle il précise quelles juridictions ont compétence pour formuler un tel recours. Quatorze États membres sur vingt-cinq, dont la France, ont formulé une telle déclaration et onze d'entre eux ont choisi de permettre à l'ensemble des juridictions nationales de saisir la Cour en renvoi préjudiciel. De fait, le recours préjudiciel n'est pas possible dans les autres pays.

De plus, le droit de former un recours en annulation est limité aux États membres et à la Commission européenne.

Enfin, le paragraphe 5 de l'article 35 du TUE précise que « *la Cour de justice n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

Dans le cas où le Conseil déciderait de recourir à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE, il pourrait décider d'appliquer le droit commun ou de maintenir un régime dérogatoire. Dans le cas où il déciderait de limiter l'étendue du contrôle de la Cour de justice sur la base de l'article 68 du TCE (question préjudicielle, interprétation, ordre public), cela se traduirait paradoxalement par un recul en matière de contrôle juridictionnel pour les États qui ont accepté que l'ensemble de leurs juridictions nationales puissent saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle dans le domaine du « troisième pilier ». Toutefois, le Conseil pourrait ultérieurement décider, en recourant à la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du TCE, de mettre un terme aux limites à l'étendue du contrôle de la Cour de justice et d'appliquer le régime de droit commun, sans que cette décision ne nécessite une procédure de ratification parlementaire. La seule réserve tiendrait à l'article 64 § 1 du traité instituant la Communauté européenne, qui dispose que « *le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* », qui était d'ailleurs reprise dans le traité constitutionnel.

Le traité constitutionnel prévoyait de supprimer l'ensemble des limites au contrôle de la Cour de justice.

<p>En ce domaine, la « clause passerelle » pourrait avoir le même effet que le traité constitutionnel.</p>

c) La position particulière de certains États

Le Royaume-Uni et l'Irlande bénéficient de la clause dérogatoire qui leur a été accordée à l'égard des matières communautarisées par le traité d'Amsterdam (clause d'opt-in). D'après cette clause, le Royaume-Uni et l'Irlande décident au cas par cas de leur participation à l'adoption de telle ou telle mesure. Avec la « clause passerelle », le régime dérogatoire dont bénéficient ces deux États serait étendu au « troisième pilier ». Pour ces deux États, l'abandon de leur droit de veto en matière de coopération policière et de coopération judiciaire en matière pénale serait donc en quelque sorte compensé par la possibilité de ne participer que s'ils le souhaitent à l'adoption de ces mesures.

Avec la « clause passerelle », ces deux États seraient paradoxalement dans une situation plus favorable qu'avec le traité constitutionnel au regard des matières du « troisième pilier ». En effet, le traité constitutionnel n'accordait un régime dérogatoire à ces deux pays qu'en ce qui concerne certains aspects de la coopération policière, mais pas pour les aspects opérationnels de la coopération policière et la coopération judiciaire en matière pénale.

Le Danemark est également dans une position particulière vis-à-vis des matières qui ont été transférées dans le titre IV du TCE. En effet, d'après le protocole sur la position du Danemark annexé au traité d'Amsterdam, ce pays ne participe pas à l'adoption des mesures dans les matières qui ont été transférées dans le « pilier » communautaire (clause d'opt-out). Les instruments adoptés sur la base du titre IV ne lui sont donc pas applicables. Le Danemark resterait donc à l'écart de la « communautarisation » du « troisième pilier ». Paradoxalement, la « communautarisation » aurait pour effet de marginaliser davantage le Danemark en l'excluant de certaines mesures auxquelles il veut actuellement participer.

La situation du Danemark aurait été différente dans le cadre du traité constitutionnel. En effet, le Danemark avait obtenu la possibilité de modifier son régime dérogatoire pour l'aligner sur celui du Royaume-Uni et de l'Irlande.

d) Les « coopérations renforcées »

En alignant les règles relatives aux « coopérations renforcées » applicables au « troisième pilier » (articles 40, 40A et 40B du TUE) sur le régime de droit commun, la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE rendrait plus difficile le recours à ce mécanisme.

En effet, c'est pour le « troisième pilier » que le traité de Nice se montre le plus ouvert à la perspective des « coopérations renforcées ». La procédure à suivre pour lancer une « coopération renforcée » dans le « troisième pilier » est la moins contraignante, car ni l'accord de la Commission ni celui du Parlement européen ne sont requis et les États membres n'ont pas de pouvoir de veto.

Le recours à la « clause passerelle » entraînerait donc sur ce point un recul par rapport au traité de Nice (comme d'ailleurs le traité constitutionnel), puisqu'il rendrait plus difficile d'engager des « coopérations renforcées » dans le « troisième pilier ».

e) Les accords internationaux

Le recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE pourrait avoir une incidence sur les accords internationaux portant sur les domaines relatifs à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Actuellement, l'article 24 du traité sur l'Union européenne permet au Conseil de l'Union européenne d'engager puis de conclure des accords avec des États tiers dans les matières relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Bien que sa rédaction soit ambiguë, puisqu'elle ne précise pas au nom de qui ces accords sont conclus, il est aujourd'hui admis que de tels accords sont conclus au nom de l'Union seule. De tels accords sont négociés par la Présidence de l'Union européenne assistée par la Commission, le Parlement européen ne se voyant reconnaître aucune compétence. Ils sont conclus à l'unanimité par le Conseil lorsque l'accord porte sur une question pour laquelle l'unanimité est requise pour l'adoption de décisions internes et à la majorité qualifiée dans le cas contraire. Enfin, ces accords peuvent faire l'objet d'une procédure de ratification ou d'approbation par les Parlements nationaux. En effet, le cinquième alinéa de l'article 24 prévoit qu'« *aucun accord ne lie un État membre dont le représentant au sein du Conseil déclare qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles* ».

Le transfert des matières du titre VI du TUE au titre IV du TCE aurait donc pour effet d'aligner la procédure de conclusions des accords internationaux sur le régime de droit commun applicable dans le « pilier » communautaire. C'est d'ailleurs ce qui était prévu par le traité constitutionnel.

Les accords seraient négociés dorénavant par la Commission européenne et le Parlement européen serait consulté. Le Conseil statuerait toujours à

l'unanimité ou à la majorité qualifiée selon les cas, mais les parlements nationaux ne pourraient plus autoriser la ratification de ces accords.

La reconnaissance d'une compétence à la Communauté européenne pour conclure des accords internationaux dans ces matières aurait-elle pour effet de priver les États membres de leur propre compétence ?

Théoriquement, il semblerait que ce soit le cas. En effet, une déclaration annexée au traité d'Amsterdam précise actuellement que « *les dispositions de l'article 24 et de l'article 38 ainsi que tout accord qui en résulte n'impliquent aucun transfert de compétence des États membres vers l'Union européenne* ». La même question s'était d'ailleurs posée lors de l'élaboration du traité constitutionnel. Les États membres avaient fait une déclaration (déclaration n° 25 annexée au traité constitutionnel), qui précisait que « *les États membres ont le droit de conclure des accords internationaux dans les domaines de la coopération policière et de la coopération judiciaire, tant en matière civile qu'en matière pénale* ».

Le recours à la « clause passerelle » pourrait donc aller au-delà de ce que prévoyait le traité constitutionnel en ce domaine.

D. QUE PENSER DE CETTE « CLAUSE PASSERELLE » ?

1. Les avantages et les inconvénients

a) Les avantages

● En termes **d'efficacité**, il ne fait pas de doute que le passage de l'unanimité au vote à la majorité qualifiée au Conseil serait de nature à faciliter la prise de décision dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Dans une Europe à vingt-cinq aujourd'hui, vingt-sept demain, la contrainte de l'unanimité se traduit en effet souvent par des blocages ou des compromis *a minima* en raison du droit de veto dont dispose chaque État.

Cependant, il convient de noter que le recours à la « clause passerelle » n'entraînerait pas automatiquement le passage de l'unanimité au vote à la majorité qualifiée au Conseil.

La Commission européenne relève qu'il n'a fallu que cinq mois au Conseil pour adopter la proposition de directive relative à la conservation des données, alors qu'un projet de décision-cadre ayant le même objet était en discussion depuis déjà plusieurs mois. L'argument ne convainc guère car on peut penser que c'est précisément parce que ce texte avait déjà fait l'objet d'une longue négociation qu'il a pu être adopté si rapidement et l'on peut observer que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen a également été adoptée dans de très brefs délais, puisqu'elle a été adoptée en six mois.

- Au niveau de la **légitimité**, le passage de la simple consultation du Parlement européen à la procédure de codécision constituerait sans doute un progrès, mais là encore, ce passage ne serait pas automatique. En outre, il pourrait avoir pour effet d'alourdir et de ralentir le processus de décision, puisque la procédure de codécision suppose un accord complet entre le Conseil et le Parlement européen.

- En définitive, le principal intérêt du recours à la « clause passerelle » consisterait surtout à **résoudre le problème de la délimitation des compétences entre le premier et le troisième « piliers »**, qui est devenu plus aigu depuis l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 (1).

b) Les inconvénients

- La « clause passerelle » pourrait entraîner une **complexité accrue**, en raison de la position particulière de certains pays, qui pourrait conduire à une Europe de la justice et de la sécurité à géométrie variable ou à la carte.

Pour prendre un exemple concret, on pourrait ainsi imaginer que la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen fasse l'objet d'une renégociation en vue d'un « reformatage » de cet instrument en une directive communautaire. Les dispositions de cette directive seraient alors applicables entre les États membres ; les dispositions de la décision-cadre resteraient applicables au Danemark ; enfin le Royaume-Uni et l'Irlande choisiraient chacun le régime de la décision-cadre ou celui de la directive.

- Au niveau de la **légitimité**, les parlements nationaux se trouveraient privés du droit d'autoriser la ratification des conventions du « troisième pilier » (comme la Convention Europol par exemple) et des accords négociés sur la base de l'article 24 du TUE.

(1) Voir sur ce point l'audition au Sénat de MM. Philippe Léger, avocat général, et Jean-Pierre Puissechet, juge à la Cour de justice des Communautés européennes, le 22 février 2006.

• Enfin, **en termes d'efficacité**, la « clause passerelle » aboutirait à rendre plus difficile le recours aux « coopérations renforcées » et à priver les États membres de tout droit d'initiative.

2. Les risques de la démarche

a) Une anticipation ou un « détricotage » du traité constitutionnel ?

Le débat sur la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE est étroitement lié à la question de l'avenir du traité constitutionnel. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si ce débat intervient au moment où l'on doute davantage de l'avenir du traité constitutionnel. On peut d'ailleurs relever que c'est le gouvernement français qui, le premier, a suggéré de recourir à la « clause passerelle » dans sa contribution en date du 24 avril 2006 sur les améliorations institutionnelles à partir du cadre des traités existants. Et la principale raison de l'opposition de l'Allemagne à l'utilisation de la « clause passerelle » tient également à la crainte d'anticiper sur l'avenir du traité constitutionnel.

Cette crainte est-elle réellement fondée ? La réponse à cette question n'est pas évidente.

Par certains aspects, le recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE est indépendant de la question de l'avenir du traité constitutionnel. En effet, l'article 42 du TUE existe depuis le traité d'Amsterdam. Rien n'empêche les États membres d'utiliser cette clause indépendamment de leurs positions sur l'avenir de la Constitution européenne. En outre, la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE se distingue sur de nombreux aspects des dispositions du traité constitutionnel. En particulier, elle ne permet pas le transfert de nouvelles compétences à l'Union européenne ou à la Communauté, contrairement à ce que prévoyait le traité constitutionnel.

Mais on peut aussi objecter que le recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE pourrait paradoxalement aboutir à une « communautarisation » du « troisième pilier » qui irait au-delà de ce qui était prévu dans le traité constitutionnel, avec notamment la perte du droit d'initiative étatique, remettant ainsi en cause l'équilibre qui avait été difficilement atteint par les rédacteurs du traité constitutionnel. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, le traité constitutionnel prévoyait de renforcer le rôle des parlements nationaux pour compenser en quelque sorte la « communautarisation » partielle du « troisième pilier ». Or, dans l'hypothèse de la « clause passerelle », les parlements nationaux se verraient privés de leurs prérogatives (comme le droit d'autoriser la ratification des conventions du « troisième pilier » ou des accords internationaux), sans pour autant acquérir les nouvelles compétences qui leur

étaient reconnues par la Constitution européenne (comme, par exemple, le droit d'être associés au Parlement européen en ce qui concerne le contrôle d'Europol et l'évaluation d'Eurojust).

b) Un processus long et au résultat incertain

La mise en œuvre de la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE nécessite une décision unanime des gouvernements des États membres. Or, elle est loin de faire l'unanimité comme l'ont illustré les débats du Conseil « Justice et Affaires intérieures » des 21 et 22 septembre derniers.

À supposer que cette décision recueille l'unanimité au sein du Conseil, elle devra ensuite être soumise à une procédure de ratification parlementaire dans les vingt-cinq ou vingt-sept États membres, voire à un référendum dans certains pays comme l'Irlande. Elle nécessiterait, en outre, vraisemblablement, une révision constitutionnelle dans plusieurs États membres, notamment en France.

En définitive, une telle décision nécessiterait sans doute un délai de deux ou trois années avant d'être adoptée. Or, à tout moment, un parlement national, ou une chambre de celui-ci, pourrait utiliser son droit de veto pour bloquer une telle décision.

3. Les positions en présence

a) La position de la Commission européenne

Dans sa communication du 28 juin 2006 intitulée « *la mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre* », la Commission européenne s'est prononcée en faveur du recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du traité sur l'Union européenne.

Pour la Commission, la véritable « valeur ajoutée » de cette « clause passerelle » consisterait à appliquer la « méthode communautaire » aux matières relatives à ces domaines.

b) La position du Parlement européen

Le Parlement européen s'est prononcé depuis longtemps, par plusieurs résolutions, en faveur de l'utilisation de la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE.

Le Parlement européen insiste en particulier sur la procédure de codécision qui le placerait sur un pied d'égalité avec le Conseil, alors qu'il est actuellement simplement consulté dans le cadre du « troisième pilier ».

c) Les positions des États membres

Lors du Conseil informel « Justice et Affaires intérieures » de Tampere, des 21 et 22 septembre 2006, les ministres de l'Intérieur et de la Justice des États membres ont débattu de l'idée de recourir à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE. Ce débat a mis en évidence trois groupes de pays.

- Parmi le groupe des **États favorables à la « clause passerelle »**, on retrouve la présidence finlandaise, la France, l'Espagne, le Portugal et le Luxembourg.

Le gouvernement français a d'ailleurs préconisé le recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE dans sa contribution relative aux « améliorations institutionnelles à partir du cadre des traités existants », en date du 24 avril 2006, sans toutefois préciser les matières concernées ni le mode de décision à retenir. Auparavant, l'Assemblée nationale avait adopté, le 29 mars 2006, une résolution, au titre de l'article 88-4 de la Constitution, suggérant au gouvernement de proposer à ses partenaires de faire usage de cette « clause passerelle ».

On peut toutefois relever certaines divergences entre ces États membres quant au champ des matières concernées et aux modalités de prise de décision applicables à ces matières.

- Dans un deuxième groupe de pays, on trouve **les États opposés à la « clause passerelle »**, pour diverses raisons.

Il s'agit de l'Allemagne, de la Grèce, de la Pologne, de la République tchèque, de l'Estonie, de la Lettonie et de Malte, ainsi que du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark, bien que ces derniers se situent dans une position particulière en raison de la possibilité de leur accorder un statut dérogatoire.

L'opposition la plus résolue vient sans doute de l'Allemagne. Cette opposition tiendrait principalement à trois raisons. Tout d'abord, l'Allemagne considère que le recours à la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE reviendrait à anticiper sur l'avenir du traité constitutionnel, auquel ce pays reste très attaché. Mais le refus de ce pays tiendrait aussi à la place des Länder, compte tenu des compétences importantes exercées par ces derniers en matière de justice et de police. Enfin, il semblerait que l'utilisation de la « clause passerelle » soulève des problèmes de constitutionnalité en Allemagne.

• Enfin, dans un dernier groupe, on trouve **des pays ayant une position intermédiaire**, comme la Slovaquie, la Lituanie, la Hongrie et les Pays-Bas, qui n'excluent pas le recours à la « clause passerelle » mais qui préféreraient attendre une éventuelle décision au sujet de l'avenir du traité constitutionnel.

Parfois, au sein d'un même État, des divergences apparaissent entre deux ministères, comme en Autriche, où le ministère de l'Intérieur s'oppose à la « clause passerelle », alors que celui de la Justice l'accepte, mais uniquement pour la coopération judiciaire et non pour l'harmonisation du droit pénal.

Enfin, certains pays, comme la Belgique ou la Suède, ne semblent pas encore avoir pris de position sur la « clause passerelle ».

La diversité des positions et le nombre des États membres opposés au recours à cette « clause passerelle » rendent peu vraisemblable son utilisation dans un avenir proche.

III. UNE SOLUTION ALTERNATIVE : LE RECOURS AUX « COOPÉRATIONS RENFORCÉES »

Les accords de Schengen ont illustré tout l'intérêt d'une intégration différenciée en matière de « Justice et Affaires intérieures ». Ces accords, signés en 1985 entre cinq pays (France, Allemagne, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg), ont constitué une première forme de coopération à plusieurs, dessinée hors traité, mais entre des États membres de la Communauté et ouverte à la participation des autres États. L'extension progressive du système de Schengen aux autres États membres, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande qui n'y participent que partiellement, ainsi que son intégration dans l'acquis communautaire depuis le traité d'Amsterdam, attestent par ailleurs du rôle de « laboratoire » qu'il a joué pour l'Union européenne.

La vraie question n'est donc pas de savoir si nous allons vers une Europe à plusieurs vitesses en matière de « Justice et d'Affaires intérieures », puisque c'est déjà le cas avec Schengen, mais celle de savoir si cela se fera dans le cadre institutionnel ou en dehors.

A. LES « COOPÉRATIONS RENFORCÉES » DANS LE CADRE DES TRAITÉS

Conçues comme un mécanisme principalement destiné à contourner l'obstacle de l'unanimité, les « coopérations renforcées » ont été dès l'origine perçues comme un outil majeur d'intégration en matière de « Justice et d'Affaires intérieures » (1).

Les conditions requises pour lancer une « coopération renforcée » dans le cadre du traité d'Amsterdam étaient cependant si restrictives, que ce mécanisme n'a jamais été utilisé. Le traité de Nice, entré en vigueur en février 2003, a complètement réécrit les dispositions relatives aux « coopérations renforcées » et il a prévu des règles spécifiques pour le « troisième pilier » (articles 40, 40 A et 40 B du traité sur l'Union européenne). Le traité constitutionnel était revenu sur ces dispositions.

(1) Voir le rapport du Commissariat général du Plan sur « Les coopérations renforcées en matière de justice et affaires intérieures : un outil d'intégration », janvier 2003.

1. Les conditions requises pour lancer une « coopération renforcée »

a) C'est pour le « troisième pilier » que le traité de Nice se montre le plus ouvert à la perspective des « coopérations renforcées »

Tout d'abord, le champ d'application des « coopérations renforcées » est particulièrement large dans le cadre du « troisième pilier ». Comme l'énonce l'alinéa 1 de l'article 40 du traité sur l'Union européenne, *« les coopérations renforcées dans l'un des domaines visés dans le présent titre ont pour but de permettre à l'Union de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice tout en respectant les compétences de la Communauté européenne ainsi que les objectifs fixés par le présent titre »*.

De plus, la procédure à suivre pour lancer une « coopération renforcée » dans ce domaine est la moins contraignante, car ni l'accord de la Commission ni celui du Parlement européen ne sont requis et les États membres n'ont pas de pouvoir de veto.

L'autorisation de procéder à une « coopération renforcée » est accordée par une décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'au moins huit États membres. Le Parlement européen est simplement consulté. Comme pour le « premier pilier », un État membre peut demander que la question soit « évoquée » devant le Conseil européen. Mais, après cette évocation, le Conseil peut autoriser à la majorité qualifiée le lancement de la « coopération renforcée ». De la même manière, alors que dans le « premier pilier », c'est la Commission qui statue sur la participation d'un autre État membre, dans le « troisième pilier », la décision appartient au Conseil en formation restreinte de la « coopération renforcée ». Cette décision est réputée approuvée à moins que le Conseil statuant à la majorité qualifiée n'en décide autrement. En définitive, le traité de Nice a considérablement assoupli les conditions requises pour lancer une « coopération renforcée » dans le « troisième pilier » puisqu'il prévoit, comme unique condition, l'accord d'au moins huit États membres.

Il n'existe pas, cependant, de dispositions spécifiques au « troisième pilier » en ce qui concerne le cadre institutionnel des « coopérations renforcées ». Les dispositions applicables au « premier pilier » sont donc également valables pour le « troisième pilier ».

b) En alignant les règles relatives aux « coopérations renforcées » applicables au « troisième pilier » sur le régime de droit commun, le traité constitutionnel rendait plus difficile le recours à ce mécanisme.

Les mesures relatives à la coopération policière et judiciaire pénale entraient, avec le traité constitutionnel, dans le droit commun des « coopérations renforcées ». Or, ce régime de droit commun reprenait, avec quelques adaptations, les règles très contraignantes qui s'appliquent aujourd'hui au seul « pilier » communautaire. Là où le traité de Nice ne prévoyait comme uniques conditions pour lancer une « coopération renforcée », que la participation d'au moins huit États membres et l'accord du Conseil statuant à la majorité qualifiée, le traité constitutionnel ajoutait trois contraintes supplémentaires : un monopole d'initiative de la Commission, un droit de veto du Parlement européen et un seuil d'un tiers des États membres. Il aurait été, de ce fait, plus difficile d'engager des « coopérations renforcées » dans le « troisième pilier » que dans le cadre du traité de Nice qui avait voulu les faciliter.

Le traité constitutionnel constituait donc, sur ce point, un recul par rapport au traité de Nice, puisqu'il rendait plus difficile le recours au mécanisme des « coopérations renforcées » pour les matières du « troisième pilier ».

2. Les domaines envisageables des « coopérations renforcées »

a) L'adoption de normes pourrait d'ores et déjà être facilitée par le recours aux « coopérations renforcées » dans le « troisième pilier »

Le recours aux « coopérations renforcées » pourrait aujourd'hui permettre de contourner l'obstacle de l'unanimité pour les matières du « troisième pilier ». La contrainte de l'unanimité au Conseil, qui se traduit par un droit de veto de chaque État, aboutit généralement à des blocages ou à des compromis à minima. Dans une Europe à vingt-cinq ou vingt-sept États membres, il existe un risque certain de paralysie.

Le recours aux « coopérations renforcées » permettrait de faciliter l'adoption des normes et de maintenir un degré élevé d'ambition, tant en matière d'harmonisation, que pour une pleine application du principe de la reconnaissance mutuelle. Le lancement d'une « coopération renforcée » a, d'ailleurs, déjà été évoqué lors des discussions sur la création du mandat d'arrêt

européen pour surmonter le blocage d'un pays (l'Italie), qui s'est finalement rallié à un compromis.

b) En revanche, pour les aspects opérationnels, les « coopérations renforcées » présenteraient un moindre intérêt.

En effet, les compétences prévues par les traités sont plus limitées pour les aspects opérationnels et l'absence d'un cadre institutionnel spécifique constitue un obstacle important. On peut néanmoins imaginer plusieurs formes possibles de « coopérations renforcées » dans les domaines opérationnels de la coopération policière et judiciaire pénale.

Ainsi, le recours aux « coopérations renforcées » pourrait permettre de renforcer les pouvoirs reconnus à une **équipe commune d'enquête**. Il s'agit d'équipes de policiers et de magistrats qui pourront être créées par deux ou plusieurs États avec un objectif précis et pour une durée limitée pour effectuer des enquêtes sur le territoire de ces États. Dans le cadre d'une « coopération renforcée », on pourrait prévoir notamment la désignation d'un juge directeur unique dans le cas où une enquête concernerait plusieurs États membres d'une même « coopération renforcée ».

Le recours à la « coopération renforcée » pourrait également permettre d'utiliser et de renforcer **Europol et Eurojust** pour les États participant à la « coopération renforcée ». Ces États pourraient, par exemple, reconnaître à leurs représentants nationaux au sein d'Eurojust le pouvoir de déclencher des enquêtes, de direction de celles-ci et d'évocation d'affaires. Un **Parquet européen** serait ainsi créé au sein d'Eurojust pour les seuls États participant à la « coopération renforcée ».

Le recours aux « coopérations renforcées », dans le cadre du traité, pourrait d'ores et déjà permettre de surmonter l'obstacle de l'unanimité et de progresser sur les questions de justice et de sécurité, en particulier sur les aspects normatifs de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

B. LES « COOPÉRATIONS RENFORCÉES » HORS TRAITÉS

1. Les précédents

L'idée de « coopérations renforcées » hors du cadre des traités est souvent regardée avec suspicion, car elle est perçue comme un moyen pour les États membres de s'extraire du contrôle exercé par la Commission européenne, par le Parlement européen et par la Cour de Justice des Communautés européennes. Cette forme de coopération est, en effet, par définition, une coopération intergouvernementale. Or, pour certains, seul ce qui est communautaire est véritablement européen. Cette idée suscite également des réticences chez les nouveaux États membres qui craignent d'être exclus d'une éventuelle coopération sous cette forme.

Une telle conception ne correspond pas à la réalité, comme l'a montré l'expérience de **Schengen**. En dépit des fortes critiques adressées à l'époque, tant par la Commission européenne, que par le Parlement européen, à son caractère intergouvernemental, Schengen a joué un rôle moteur pour les questions de justice et de sécurité. L'extension progressive de Schengen à l'ensemble des quinze anciens États membres, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande qui n'y participent que partiellement, la perspective de son extension prochaine aux dix nouveaux États membres qui s'y sont engagés lors des négociations d'adhésion, ainsi que son intégration dans l'acquis communautaire depuis le traité d'Amsterdam, démontrent que les reproches adressés à ce système étaient largement infondés. L'expérience montre que lorsque une « coopération renforcée » hors traité a réussi, elle a ensuite été intégrée dans le cadre des traités et progressivement étendue à d'autres États membres. Schengen a commencé à cinq, aujourd'hui il compte quinze pays membres (avec la Norvège et l'Islande). Tout laisse à penser qu'il en comptera bientôt vingt-cinq (avec les dix nouveaux États membres) ou vingt-six (avec la Suisse).

Par ailleurs, plusieurs formes de « coopérations renforcées » hors traités ont été lancées ces dernières années.

À l'initiative de la France, les ministres de l'Intérieur des cinq pays les plus peuplés (France, Royaume-Uni, Espagne, Allemagne, Italie), rejoints récemment par la Pologne, ont pris l'habitude de se réunir dans le cadre d'un « **G6** » pour évoquer les questions concrètes relatives aux contrôles aux frontières, à l'immigration et à la coopération policière.

On pourrait aussi évoquer le **traité de Prüm**, signé en mai 2005 entre sept pays (Belgique, Allemagne, Espagne, France, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche), qui vise principalement à renforcer la coopération policière

transfrontalière et les échanges d'informations, notamment en matière de lutte contre les formes graves de criminalité transnationale et l'immigration illégale.

Enfin, plus récemment, la France et l'Allemagne, rejointes par l'Espagne, la Belgique et la Pologne, ont engagé un **projet d'interconnexion de leurs casiers judiciaires** respectifs, afin de permettre la transmission immédiate, à chacun des États participants, des avis de condamnations concernant leurs ressortissants.

2. Les domaines envisageables

Parmi les domaines envisageables de ces « coopérations renforcées » hors traités, on peut citer notamment :

a) Le contrôle des frontières extérieures et la lutte contre l'immigration clandestine

La sécurité des frontières extérieures de l'Union européenne représente un enjeu majeur depuis le dernier élargissement. Schengen, qui a constitué la première forme de « coopération renforcée » hors traités, était centré sur la problématique des frontières intérieures. Une nouvelle coopération pourrait s'inspirer de ce précédent pour les contrôles aux frontières extérieures.

La France avait proposé, il y a déjà quelques années, à ses partenaires européens la création d'une **police européenne des frontières**, composée de contingents nationaux qui pourraient venir en appui des polices locales et les soutenir en cas de besoin. Ce projet s'était cependant heurté à l'opposition de plusieurs pays, comme le Royaume-Uni ou les pays scandinaves. Il pourrait donc faire l'objet d'une telle « coopération renforcée ».

b) La création d'un véritable espace judiciaire, tant en matière pénale, que civile

Malgré les instruments adoptés au niveau de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires reste encore limité, tant en matière civile (avec l'*exequatur*), qu'en matière pénale (avec le principe de double incrimination). La contrainte de l'unanimité mais aussi les différences entre les systèmes juridiques (notamment entre le système romano-germanique et le droit anglo-saxon) expliquent la lenteur des progrès dans ces domaines.

Un groupe d'États qui partagent le même système juridique pourrait constituer un **espace judiciaire commun** en donnant toute sa portée au principe

de la reconnaissance mutuelle. La suppression de l'*exequatur* et du contrôle de la double incrimination permettrait d'améliorer sensiblement l'entraide judiciaire.

c) La lutte contre certaines formes graves de criminalité transnationale

Afin de renforcer la lutte contre certaines formes graves de criminalité transnationale, une « coopération renforcée » hors traités pourrait viser la création d'un socle unifié de règles et de procédures, ainsi que la mise en place d'organes intégrés, tels qu'une police judiciaire européenne, un Parquet européen ou une Cour Pénale européenne.

La France avait déjà proposé en 1982, à l'initiative de notre collègue Robert Badinter, alors Garde des Sceaux, la création d'une **Cour Pénale européenne** compétente pour lutter contre le **terrorisme**, mais cette proposition s'était heurtée à l'opposition de certains pays membres. On pourrait reprendre ce projet dans le cadre d'une « coopération renforcée » hors traités.

Une autre piste envisageable serait de limiter, dans un premier temps, le champ de la « coopération renforcée » hors traités à certaines formes graves de criminalité qui font déjà l'objet d'un degré élevé d'harmonisation et qui nécessitent une action concertée entre plusieurs États. On pense notamment à la **traite des êtres humains, au trafic de drogue ou à l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants**.

A partir des textes adoptés au niveau européen ou au niveau international, il serait envisageable de créer un **socle pénal commun** entre plusieurs États, par le biais d'un accord international. Une **police judiciaire commune** pourrait être créée, sur le modèle des équipes communes d'enquête, composée de policiers et de magistrats des différents États avec un juge directeur unique. Un **Parquet européen collégial**, composé de procureurs délégués par chaque État participant à cette coopération, pourrait également être établi. Ce Parquet européen serait compétent pour déclencher, diriger et contrôler les enquêtes menées par les équipes communes. Il pourrait être saisi par les parquets nationaux ou être investi du pouvoir d'évocation d'affaires. Il exercerait l'action publique devant les juridictions des États membres ou devant une Cour Pénale européenne, conçue sur le modèle de la Cour Pénale internationale. Les **parlements nationaux** des États participant à la « coopération renforcée » hors traités pourraient constituer une commission commune chargée de suivre ces questions.

Le recours à des « coopérations renforcées » en dehors du cadre des traités ou « coopérations parallèles » présenterait un plus grand intérêt encore pour progresser sur les questions de justice et de sécurité, en particulier sur les aspects opérationnels. En effet, le recours à ce mécanisme n'est soumis à aucune condition particulière et il permettrait d'aller au-delà des compétences reconnues à l'Union européenne dans ce domaine, ce que ne permettrait pas le recours aux « clauses passerelles ».

CONCLUSION

La principale faiblesse de l'action européenne dans le domaine de la coopération policière, de la protection des frontières ou encore de la coopération judiciaire en matière pénale tient au fait qu'elle se limite pour l'essentiel à des mesures normatives, alors que les questions de sécurité et de justice relèvent en priorité de mesures opérationnelles.

Il est certes nécessaire de faciliter l'adoption de normes communes, en allant vers un processus plus communautaire, tout en tenant compte de la spécificité de ces matières.

Le recours aux « clauses passerelles » présenterait une réelle avancée de ce point de vue.

Mais il faut aussi et surtout accroître la collaboration opérationnelle entre les autorités compétentes des États membres, renforcer les organes existants comme Europol et Eurojust et prévoir la création d'un véritable Parquet européen de nature collégiale. De même, le dernier élargissement de l'Union rend indispensable la création d'une police européenne des frontières.

Or, compte tenu de l'incertitude qui pèse désormais sur l'avenir du traité constitutionnel, **seul le recours à des « coopérations renforcées », dans le cadre des traités ou en dehors, permettrait de réaliser de véritables avancées dans l'« espace de liberté, de sécurité et de justice ».**

En donnant aux États membres qui le souhaitent les moyens d'aller plus vite et plus loin dans la voie de l'intégration, le recours à ces formules pourrait, en effet, permettre de surmonter l'obstacle de l'unanimité pour les aspects normatifs et de développer des formes de coopération souples pour les aspects opérationnels.

Face à « *la révolution du nombre et de l'hétérogénéité* » que représente le dernier élargissement, pour reprendre la formule d'Alain Lamassoure, **comment imaginer que l'Europe pourra réellement progresser sans accepter une différenciation au moins temporaire ?**

D'ores et déjà, cette avancée majeure de la construction européenne qu'a été la création de la monnaie unique n'a été possible que par le recours à la différenciation. Dans une Europe à vingt-cinq ou vingt-sept, comment croire que

tous les États pourront et voudront progresser au même rythme et sur la même tonalité ?

Le lancement d'une « coopération renforcée » dans le cadre des traités aurait valeur d'expérimentation, puisque cette possibilité n'a jamais été utilisée jusqu'à présent. Or, c'est seulement par une expérience concrète que l'on pourra réellement mesurer les avantages et les inconvénients de cette formule. Laissons l'expérimentation trancher.

Comme l'a souligné Jacques Delors, la différenciation constitue, en réalité, la seule réponse possible pour concilier l'élargissement et l'approfondissement.

Renforcer la coopération opérationnelle pour les questions de justice et de sécurité est une impérieuse nécessité pour la crédibilité de l'Europe. Au moment où l'Europe doit se rapprocher davantage des citoyens, il convient, au-delà des égoïsmes institutionnels, de ne pas décevoir leurs aspirations profondes et d'apporter des réponses à la hauteur des enjeux. Dans le cas contraire, les citoyens ne manqueraient pas de s'interroger sur la capacité de l'Europe à apporter des réponses concrètes à leurs légitimes préoccupations.

EXAMEN EN DÉLÉGATION

La délégation s'est réunie le mercredi 25 octobre 2006 pour l'examen du présent rapport. À l'issue de la présentation faite par le rapporteur, M. Hubert Haenel, le débat suivant s'est engagé :

M. Pierre Fauchon :

Le recours aux « clauses passerelles » présenterait un réel intérêt pour transférer les matières relevant du « troisième pilier » dans le « pilier » communautaire et appliquer le vote à la majorité qualifiée au Conseil et la procédure de codécision avec le Parlement européen.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le Parlement européen soutient l'idée de recourir aux « clauses passerelles », car la procédure de codécision le placerait sur un pied d'égalité avec le Conseil, alors qu'il est simplement consulté dans le cadre du « troisième pilier ». Le recours aux « clauses passerelles » pourrait donc avoir pour effet de renforcer ses prérogatives.

Dans ce contexte, j'ai été surpris d'apprendre, lors de la Conférence interparlementaire sur l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » qui s'est tenue à Bruxelles les 2 et 3 octobre derniers et à laquelle je participais, que le Parlement européen avait adopté, le 28 septembre dernier, lors du vote d'une résolution sur la politique commune dans le domaine de l'immigration, un amendement de suppression d'un paragraphe qui demandait aux chefs d'État et de gouvernement de faire jouer la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du TCE, pour faire passer les mesures relatives à l'immigration légale de l'unanimité au vote à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision avec le Parlement européen. Il me semblait, en effet, que le Parlement européen s'était prononcé en faveur des « clauses passerelles ». Auriez-vous des éléments permettant de m'éclairer sur ce point ?

M. Hubert Haenel :

Selon les indications figurant dans la presse, il apparaît, en effet, que le Parlement européen a voté cet amendement de suppression, qui a été adopté par 302 voix, dont celles du PPE et des députés français membres de ce groupe, contre 249. Le député européen Alain Lamassoure aurait indiqué qu'il s'agissait d'une erreur.

En tout état de cause, cet épisode ne remet pas en cause la position du Parlement européen, exprimée par plusieurs résolutions, en faveur des « clauses passerelles ».

M. Jacques Blanc :

Quelle est la position du Parlement européen au sujet des « coopérations renforcées » ?

M. Hubert Haenel :

Il y a une forte réticence au sein du Parlement européen à l'égard des « coopérations renforcées », en particulier lorsque ces coopérations se développent hors du cadre des traités. En effet, dans ce dernier cas de figure, le Parlement européen n'exerce aucun droit de regard puisqu'il s'agit d'une coopération intergouvernementale ; c'est pourquoi j'évoque alors, dans mon rapport, l'idée d'un contrôle exercé par les parlements nationaux.

M. Pierre Fauchon :

J'ajoute que le Parlement européen ne verrait pas son rôle s'accroître avec les coopérations renforcées dans le cadre des traités, alors qu'il pourrait bénéficier de la procédure de codécision avec les « clauses passerelles », ce qui aurait pour effet de lui donner un immense pouvoir.

M. Jacques Blanc :

En définitive, on en revient donc à des enjeux de pouvoir.

M. Hubert Haenel :

Exactement !

M. Roland Ries :

Il est évident que, dans une Europe à vingt-cinq ou vingt-sept États membres, les procédures de décision actuelles ne permettent pas d'avancer dans des délais raisonnables sur ces questions, en particulier lorsqu'il s'agit de sujets importants. Face à cette situation, deux voies s'offriraient donc à nous :

– la première consisterait à aller vers une Europe à géométrie variable avec la différenciation, grâce au mécanisme des « coopérations renforcées ». C'est d'ailleurs sous cette forme que l'on progresse dans le domaine de la défense, compte tenu de la difficulté à se mettre d'accord à vingt-cinq ;

– l'autre voie possible consisterait à recourir aux « clauses passerelles ». Mais qu'entend-on précisément par cette expression et quelles seraient ses implications, notamment au regard des dispositions du traité constitutionnel ?

M. Hubert Haenel :

Lors de la négociation des traités, il y a certains points qui n'ont pu faire l'objet d'un accord. Plutôt que de renoncer à certaines avancées, il a donc été décidé de maintenir la procédure de décision existante, mais de rendre possible une modification de celle-ci (par exemple le passage de la procédure de consultation à la procédure de codécision) par une décision à l'unanimité des États membres, sans qu'il soit nécessaire de modifier à nouveau les traités. C'est ce que l'on appelle une « clause passerelle ».

On peut donc dire que les « clauses passerelles » sont des dispositions des traités qui prévoient, sur des points précis, une procédure simplifiée d'évolution ne nécessitant pas la convocation d'une conférence intergouvernementale.

Il existe en réalité deux types de « clauses passerelles » en matière de justice et d'affaires intérieures :

– pour les matières qui ont été « communautarisées » par le traité d'Amsterdam, comme l'asile, l'immigration et les autres politiques relatives à la libre circulation des personnes, ainsi que la coopération judiciaire civile, il s'agit de la « clause passerelle » de l'article 67 § 2 du traité instituant la Communauté européenne, qui permet notamment de remplacer la règle de l'unanimité au sein du Conseil par le vote à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement européen ;

– pour les matières qui relèvent du « troisième pilier », c'est-à-dire la coopération policière et la coopération judiciaire en matière pénale, il s'agit de la « clause passerelle » de l'article 42 du traité sur l'Union européenne, qui permet de « communautariser » tout ou partie de ces questions.

Ces « clauses passerelles » sont issues du traité d'Amsterdam. En effet, lors de la négociation de ce traité au sein de la Conférence intergouvernementale, les représentants des États se sont divisés au sujet de la « communautarisation » du « troisième pilier ». Certains États étaient favorables au transfert du « troisième pilier » dans le « pilier » communautaire et au passage de l'unanimité au vote à la majorité qualifiée au Conseil et à la codécision avec le Parlement européen sur ces questions, mais d'autres s'y sont opposés. Faute de parvenir à un accord, les négociateurs ont introduit la possibilité d'une telle « communautarisation » par une « clause passerelle ».

On peut toutefois relever que les conditions de mise en œuvre de ces « clauses passerelles » ne sont pas identiques. En effet, la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE est plus difficile à mettre en œuvre que celle de l'article 67 § 2 du TCE car elle nécessite non seulement une décision unanime des gouvernements, mais aussi une ratification par l'ensemble des parlements nationaux, voire un référendum dans certains États membres. En outre, cette « clause passerelle » nécessiterait vraisemblablement une révision constitutionnelle préalable dans certains États membres, notamment en France.

L'appréciation des implications de la mise en œuvre de ces « clauses passerelles » au regard des dispositions du traité constitutionnel est délicate. Par certains aspects, l'utilisation des « clauses passerelles » s'apparenterait aux dispositions du traité constitutionnel, notamment par le fait qu'elles permettraient de transférer les matières relevant du « troisième pilier » dans le « pilier » communautaire et d'étendre la procédure de vote à la majorité qualifiée au Conseil en codécision avec le Parlement européen. Mais, sur d'autres aspects, les conséquences des « clauses passerelles » se distingueraient nettement des dispositions du traité constitutionnel. Ainsi, en supprimant le droit d'initiative des États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, la « clause passerelle » de l'article 42 du TUE irait au-delà de ce que prévoyait le traité constitutionnel. De même, cette « clause passerelle » ne permettrait pas d'étendre les compétences de l'Union européenne dans ces domaines, de renforcer les organes existants comme Europol et Eurojust ou de créer un parquet européen, contrairement à ce que prévoyait le traité constitutionnel.

M. Jacques Blanc :

Le recours aux « coopérations renforcées » me paraît effectivement une piste intéressante étant donné qu'il permettrait de contourner l'obstacle de l'unanimité.

*

À l'issue du débat, la délégation a autorisé la publication du rapport d'information.