

## L'INTEGRATION EUROPEENNE ENTRE PLURALISME, SOVERAINISME ET UNIVERSALISME

Mireille Delmas-Marty

SOMMAIRE: 0. Prémisse. – 1. Le temps des pionniers. – 2. Le retour des Etats. – 3. Le temps des contradictions. – 4. Comment sortir des contradictions?

### 0. Prémisse.

L'intégration européenne remonte à la période de l'après guerre, mais depuis lors, le monde a changé, pour le meilleur et pour le pire. Pour le meilleur, car l'état de droit a progressé, notamment en Europe, à travers le droit international des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puis la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée par le traité de Nice (2000), sa force normative étant reconnue par le traité de Lisbonne (2007); enfin à travers l'émergence d'une justice pénale internationale pour les crimes les plus graves (TPIY et TPIR en 1993-94 et CPI en 1998). L'état de droit, inscrit dans les valeurs de l'Union (art. 2 TUE), est d'ailleurs l'une des conditions de l'adhésion. Il accompagne l'élargissement aux pays d'Europe de l'Est prévu par le traité de Nice. La Commission européenne l'a d'ailleurs récemment rappelé à la Pologne dans son avis du 1<sup>er</sup> juin 2016 marquant des «préoccupations» concernant le fonctionnement du tribunal constitutionnel.

Mais le monde a changé aussi pour le pire, car les crises se sont multipliées. A la crise sécuritaire déclenchée par les attentats du 11 septembre 2001, la mondialisation économique et financière ajoutera, dans le prolongement de la fin de la guerre froide (chute du mur de Berlin en 1989 et création de l'OMC en 1994), des crises financières (depuis 2008), puis migratoires (2012- 2016), qui déclenchent un mouvement de rejet populaire dont le referendum britannique du 23 juin 2016 n'est que l'un des aspects, le plus éclatant sinon le plus inquiétant.

Pour tenir compte de ces changements, nous proposons d'aborder la question posée par les organisateurs de ce colloque des «Contre limites au principe de primauté de la norme européenne» en déplaçant le regard: au lieu de traiter directement «la défense des principes constitutionnels», nous présenterons l'intégration européenne comme un processus évolutif dont la trajectoire varie d'une époque à l'autre, conduisant à des modèles différents

On distinguera trois temps (et trois modèles de gouvernance) dans la trajectoire des processus d'intégration européenne, pour terminer sur une question: comment sortir des contradictions?

## 1. Le temps des pionniers.

Il se caractérise dans la première phase, celle de l'après guerre, par une intégration progressive, selon un modèle pluraliste, qui va du traité sur la Communauté européenne (TCE, 1957) au traité sur l'Union (TUE, 1992). Elle prend fin avec ce traité, dit de Maastricht, car alors la communauté se trouve en quelque sorte «dissoute» dans l'Union.

La trajectoire de l'intégration européenne pendant cette époque de pionniers est progressive (à petits pas), mais semble irréversible. La construction européenne limite le modèle souverainiste au profit d'un modèle non pas fédéral mais pluraliste et néanmoins ordonné car il combine les compétences nationales et européennes selon deux principes complémentaires.

*Le principe d'attribution* régit «la délimitation des compétences». Selon l'article 5 du traité instituant la communauté européenne (TCE), «*la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées*», mais cette compétence d'attribution est assouplie par la référence qui suit aux «*objectifs qui lui sont assignés par le présent traité*». En introduisant la dynamique fonctionnelle des objectifs à atteindre, le TCE ouvre la voie d'une interprétation large de la compétence d'attribution.

Devant la tendance à une utilisation extensive du principe, la Cour de justice des communautés européennes va distinguer deux types de compétences qui deviendront l'archétype du modèle pluraliste: d'une part, les compétences exclusives, celles pour lesquelles les Etats ont abandonné toute possibilité d'action, d'autre part les compétences partagées, celles pour lesquelles il subsiste une concurrence.

Mais la distinction est incertaine et le champ des compétences européennes devient très vaste, d'autant que l'extension graduelle du vote à la majorité qualifiée ne permet plus le blocage par des Etats minoritaires.

*Le principe de subsidiarité* sera alors inscrit dans l'Acte unique européen (dans le domaine des compétences partagées) et inséré dans le TCE. Associé à la proportionnalité, il ne se borne pas à répartir les compétences de façon purement formelle et statique. Véritable principe «*régulateur*»<sup>1</sup>, il fonctionne à la fois pour justifier l'action communautaire et pour la limiter. Un peu comme un variateur: il porte vers plus d'intégration si les Etats membres n'atteignent pas les objectifs de l'Union, ou vers moins d'intégration dans le cas inverse.

En réglant l'intensité de l'intégration européenne, comme un rhéostat règle l'intensité lumineuse en fonction de la lumière ambiante, c'est-à-dire en l'adaptant de façon aussi continue que possible aux données observables, la subsidiarité implique

---

<sup>1</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire* PUF, n° 78; J. CLAM et G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998.

une vérification permanente des actions envisagées par tout acte législatif européen au regard des objectifs assignés à l'UE.

Mais la complexité du dispositif renforce le risque de dénaturation: soit par une intégration excessive quand le législateur international, allant au-delà de sa compétence, ne respecte pas le principe de subsidiarité; soit, à l'inverse, par une intégration insuffisante quand les autorités nationales procèdent, sous prétexte de transposer la norme en droit interne, à une renationalisation.

C'est la crainte d'une intégration excessive qui va l'emporter lorsque de nombreux acteurs (agriculteurs, chasseurs, artisans, consommateurs, etc.) commenceront à dénoncer la «furie réglementaire» de la Commission, annonçant la phase suivante.

## 2. Le retour des Etats.

Ce retour des Etats commence avec les cours constitutionnelles, mais il apparaît dans le droit écrit avec le préambule du TUE (1992). Certes ce préambule affirme encore que les Etats membres sont «résolus à poursuivre processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe», mais il précise que dans l'Union, «les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe subsidiarité», amorçant une phase caractérisée par une limitation des compétences communautaires. Entre 1992 et 2001, on découvre que l'intégration est un processus réversible, car le modèle souverainiste, adossé désormais au principe de l'identité nationale, revient en force sur la scène européenne, appelant même, comme le reconnaîtra la Déclaration de Leaken en 2001, la restitution de certaines tâches aux Etats.

*Le principe d'identité nationale, énoncé par le TUE, suggère, combiné à la subsidiarité, de nouvelles limitations à l'intégration européenne. La Commission ralentira d'ailleurs le rythme de ses propositions (de 185 en 1990 à 51 en 1994 et 16 en 1997<sup>2</sup>) et la CJUE infléchit sa jurisprudence dans un sens plus protecteur des prérogatives étatiques, y compris en ce qui concerne l'interprétation des compétences implicites (art 308 TCE, art. 352 TFUE)<sup>3</sup>.*

Le principe d'identité nationale sera par la suite précisé par le traité de Lisbonne (art. 4 §2 TUE): «L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité

---

<sup>2</sup> Rapport de la Commission européenne sur le fonctionnement du traité UE, 1998, Annexe p. 87.

<sup>3</sup> «Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition Commission et après consultation du Parlement européen, prend dispositions appropriées».

*territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste la responsabilité de chaque État membre».*

Une fois le marché intérieur réalisé, s'amorce ainsi, face aux inquiétudes des Etats membres et des collectivités territoriales, une phase au cours de laquelle les juges européens vont tenter de limiter l'intégration, au nom d'une interprétation stricte de la subsidiarité, mais au risque d'en neutraliser la signification dynamique.

*La restitution de certaines tâches aux Etats: la Déclaration de Laeken, le 15 décembre 2001 (peu après le Traité de Nice), marque nettement la défiance des Etats à l'égard de l'Union et va devenir un véritable frein à l'intégration européenne: «Le citoyen nourrit souvent à l'égard de l'UE des attentes auxquelles elle ne répond pas toujours; à l'inverse, il a parfois l'impression que l'Union en fait trop dans des domaines où son intervention n'est pas toujours indispensable. Il faut donc rendre plus claire la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, la simplifier et l'ajuster à la lumière des nouveaux défis auxquels l'Union est confrontée. Pour ce faire, on peut aussi bien restituer certaines tâches aux États membres que confier de nouvelles missions à l'Union ou élargir ses compétences actuelles».*

La formule «restituer certaines tâches aux États membres» semble amorcer la réversibilité du processus d'intégration, mais en fait elle sera mise en œuvre de façon contradictoire.

### **3. Le temps des contradictions.**

Depuis 2001, le modèle de gouvernance est brouillé. D'autant que les contradictions apparaissent à la fois au plan interne (relation Europe / Etats) où l'intégration devient sélective combinant, selon les secteurs, souverainisme et pluralisme et au plan externe (relation Europe/monde) où la désintégration de l'Europe semble accompagner une intégration mondiale hégémonique, caractéristique d'un modèle universaliste de type hégémonique.

*L'intégration sélective aboutit à des contradictions internes* parce que la sélection favorise tantôt l'effet accélérateur des crises, tantôt le frein souverainiste, activé non seulement par les cours constitutionnelles, mais aussi par le traité de Lisbonne.

L'accélération se rattache d'abord à la crise sécuritaire qui suivra les attentats de New York: l'«effet 11 septembre» est un remarquable accélérateur, entraînant un renforcement sans précédent de l'intégration pénale au profit de l'UE, au mépris de la subsidiarité.

D'abord dans les décisions-cadre (DC), à commencer par celle de 2002 sur le mandat d'arrêt européen, puis celles de lutte contre terrorisme, contre la traite des êtres humains, contre les abus sexuels commis sur des enfants etc... Suivront de nombreuses directives, dont le caractère pénal sera affirmé par la Commission, et admis par la Cour, dès le 26 mai 2005, en matière d'environnement: «il peut être postulé que, aux yeux

du législateur communautaire, l'adoption de mesures pénales est nécessaire pour une protection efficace de l'environnement contre les pollutions causées par les navires et que de telles mesures sont essentielles pour lutter contre les infractions graves en la matière»<sup>4</sup>. La légitimité de la directive pénale sera consolidée par la célèbre décision du 13 septembre 2005<sup>5</sup>.

Plus largement, une Communication de la Commission du 20 sept 2011 «*Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*» rappelle la fonction utilitaire du droit pénal. N'hésitant pas à mentionner les sondages qui placent la lutte contre la criminalité parmi les objectifs prioritaires, la Commission semble oublier que cette fonction utilitaire devrait être combinée avec la fonction rétributive du droit pénal qui implique aussi le principe de proportionnalité (selon la gravité de la faute, l'ampleur du dommage et la nature des intérêts protégés).

Plus récemment la jurisprudence répressive de la CJUE sera réaffirmée en procédure, notamment dans l'arrêt *Melloni* en 2013 (voir ci-dessus): la cour censure l'Espagne pour avoir refusé d'exécuter un mandat d'arrêt en Italie, car «la remise d'une personne aux autorités judiciaires d'un autre État membre en exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être subordonnée à la possibilité d'une révision de la condamnation prononcée par défaut». De même l'arrêt *Taricco* en 2015 considère que la réglementation italienne, en prévoyant un délai global de prescription très bref pour une fraude grave à la TVA, empêche l'infliction effective et dissuasive de sanctions. Elle est donc susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union et «le juge italien doit au besoin laisser inappliqué le régime de prescription globale en cause».

Et pourtant, au moins quand les intérêts européens ne sont pas directement en jeu, de telles décisions semblent contraires au principe d'identité nationale, rattaché par le traité de Lisbonne aux «*fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale*». Comme le dit notre collègue Henri Labayle, «le maître mot [dans le domaine de la sécurité] est [devrait] être coopération, et non intégration».

Or le même phénomène est observable à propos de la crise financière qui depuis 2008 fonctionne comme un accélérateur d'intégration pour les droits économiques selon une jurisprudence de la CJUE qui n'hésite pas à sacrifier les droits sociaux, au point d'aboutir à ce que notre collègue Alain Supiot appelle «une politique de casse sociale»<sup>6</sup>. Il cite l'exemple du droit allemand des marchés publics qui étend aux sous-traitants l'obligation d'un salaire minimum, et que la CJCE a censuré en 2014 au motif que cette extension «les prive de retirer un avantage concurrentiel des différences entre les taux de salaires respectifs», une formule qui affiche sans complexe son ultra libéralisme pur et dur.

Il n'est pas étonnant que les effets d'accélération des crises sécuritaires et financières, aient provoqué des réactions souverainistes de la part de plusieurs cours

---

<sup>4</sup> CJCE 26 mai 2005, *Commission c/ conseil*, aff. c-176/03, point 84, Conclusions de l'Avocat général M. Jan Mazak, 28 juin 2007, *Commission c/ conseil*, aff. 440/05, point 102.

<sup>5</sup> CJCE 13 sept 2005, *Commission c/ conseil*, aff. c-176/03, Rec. p. 7879.

<sup>6</sup> A. SUPIOT, «Préface de la 2<sup>ème</sup> édition», in *Au-delà de l'emploi*, 2<sup>ème</sup> éd, Flammarion 2016, p. IX.

constitutionnelles, notamment au Portugal et en Italie: en 2013 à propos de la revalorisation des pensions de retraite, ou en 2015 à propos de l'interdiction des négociations collectives dans le secteur public. Sans oublier l'argumentation plus générale du tribunal constitutionnel allemand dans sa décision relative à la ratification du traité de Lisbonne (2009).

Le frein souverainiste sera activé d'autant plus volontiers que la réversibilité du processus d'intégration européenne est maintenant consacrée par le droit de retrait volontaire et unilatéral ouvert à chaque Etat (art. 50 TUE). En outre, sans même qu'il soit nécessaire de quitter l'Union, le traité de Lisbonne autorise à «réduire» les compétences attribuées à l'UE (art.48 §2).

Et le protocole d'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité donne aux parlements le droit de saisir la Cour en cas de violation du principe de subsidiarité, ajoutant au contrôle juridictionnel un contrôle politique. Il allonge à huit semaines le délai pendant lequel les parlements nationaux peuvent étudier la conformité au principe de subsidiarité d'un projet d'acte législatif avant son inscription à l'ordre du jour du Conseil. En outre un dispositif est institué qui peut conduire à ne pas poursuivre l'examen d'un texte en cas d'avis motivé sur le non-respect du principe de subsidiarité (art.7§3, a et b). Ce dispositif permet en effet aux parlements nationaux de contribuer au blocage d'un acte législatif en préparation par une sorte de quasi veto, que le projet de traité constitutionnel avait pourtant écarté. Une partie importante du contrôle de subsidiarité pourrait revenir ainsi aux Etats.

Cela dit, le premier «carton jaune» a été utilisé à propos du projet de procureur européen. Ce qui n'était sans doute pas la meilleure occasion d'utiliser la pédale de frein, car la création d'un procureur puissant pourrait répondre aux contradictions «externes» provoquées par la mondialisation économique et financière.

*Au titre des contradictions externes (Europe /Monde) la désintégration de l'Europe* annoncerait une contradiction majeure si elle devait contribuer à l'émergence d'une intégration mondiale relevant d'un modèle universaliste de type hégémonique.

Dès à présent, on constate l'extension du droit américain comme modèle universaliste imposé de façon unilatérale, sur le fondement de lois extraterritoriales appliquant le droit américain à toutes les entreprises cotées à la *Security and exchange commission* (SEC), ou soumises à ses règlements pour quelque raison (simple paiement en dollars, ou envoi d'un message électronique par un serveur américain). S'ajoute le fait de l'hégémonie économique et financière: la majorité des entreprises transnationales (ETN) sont cotées sur le marché boursier américain, les grandes banques ont une licence bancaire aux Etats-Unis, enfin le commerce mondial se fait majoritairement en dollars.

A titre d'exemples, on peut citer la loi sur la corruption d'agent publics étrangers (FCPA 1977), appliquée à *Siemens* (qui acceptera une transaction en décembre 2008 à hauteur de 450 millions \$, puis 350 millions supplémentaires, pour des pots de vin en Amérique du sud, Afrique, Asie); également à *Total* (transaction en mai 2013, 245 millions \$); ou encore à *Alstom* en décembre 2014 (transaction 772 millions \$ pour des faits de corruption notamment en Indonésie).

Autre exemples d'intégration mondiale hégémonique, les lois imposant des embargos au commerce avec certains pays pour défendre les intérêts américains (lois *Helms Burton*, et *D'Amato Kennedy*, 1996). Elles vont permettre à la justice américaine de condamner la banque *BNP Paribas* en 2014 à une amende record de 8 milliards \$, accompagnée du placement de la banque pendant cinq ans sous le contrôle du département de la justice américaine (DOJ) et du FBI pour violation des embargos (notamment sur Cuba et l'Iran).

En matière de comptabilité il faut ajouter pour les marchés financiers la loi *Sarbanes-Oxley* (2002), complétée en 2010 par la loi *Dodd Franck*, prévoyant des peines allant jusqu'à 20 ans d'emprisonnement pour des actes de destruction, modification, ou falsification intentionnelle des registres soumis aux enquêtes fédérales

Si de nombreuses ETN ont accepté de verser des sommes considérables au trésor américain, c'est en raison de la redoutable efficacité d'un droit pénal d'un type nouveau<sup>7</sup> qui combine trois techniques: les primes à la dénonciation (d'un montant allant de 10 à 30% du montant de la sanction); la possibilité de négocier avec la SEC ou le DOJ; enfin la transaction avec le procureur qui accepte de différer les poursuites (*Differed Prosecution Agreement*, ou *DPA*) s'il obtient en contrepartie le versement d'une amende et la mise en place d'un programme de *compliance* (mise en conformité) contrôlé par un «point de contact» national, mais choisi par autorités américaines. Ainsi la punition devient autorégulation: le suspect avoue pour ne pas être déclaré coupable et recrute un avocat pour enquêter contre lui afin de préparer la procédure de mise en conformité. Tout le monde est supposé gagnant: le procureur n'a pas à établir la preuve des faits, le suspect vite les risques d'un procès pénal et le budget américain s'enrichit à peu de frais.

#### 4. Comment sortir des contradictions?

*Le retour au souverainisme n'est qu'une illusion* car la défense des principes constitutionnels nationaux n'empêche pas la perte de souveraineté dans la relation Europe / Monde au profit du modèle dominant (aujourd'hui le droit américain, demain le droit chinois?). On peut citer l'exemple du droit français critiqué par l'OCDE pour sa faiblesse face à la corruption internationale et conduit à s'inspirer du droit américain pour instaurer l'équivalent d'une transaction (voir le projet de loi en cours de débat, dit «Sapin. 2»), au risque d'être contraire au principe constitutionnel français de la garantie judiciaire.

*En revanche un rééquilibrage menant vers un universalisme pluraliste* appellerait une conception plus ouverte et plus ambitieuse de l'intégration européenne. On en donnera deux exemples.

---

<sup>7</sup> S. MANACORDA, «La dynamique des programmes de conformité des entreprises: déclin ou transformation du droit pénal des affaires?», in *L'entreprise dans un monde sans frontières*, dir Supiot, Dalloz 2014, p. 191sq.

D'une part la protection des intérêts financiers de l'Union (PIF) par un procureur européen est prévue par l'article 86 TFUE issu du traité de Lisbonne). Il sera légitime si les droits procéduraux et le contrôle judiciaire sont garantis et efficace si son statut et ses pouvoirs sont renforcés dans une triple direction: élargir sa compétence aux infractions contre la politique financière et monétaire de la zone euro (mise sur le marché européen de produits financiers dangereux, spéculation sur l'euro); actualiser les sanctions, dans leur nature (interdire au condamné l'accès au marché européen) et leur régime (organiser la mise en conformité en transposant le DPA, comme l'on fait ou envisagent de le faire plusieurs pays, et autoriser la transaction avec la Commission (ou avec l'OLAF); enfin attribuer compétence au procureur européen pour les infractions dont les effets concernent la PIF.

D'autre part les négociations autour de l'accord commercial trans-atlantique ou Trans-Atlantic Free Trade Agreement (TTIP ou TAFTA) pourrait conduire l'Europe à encadrer le libre échange en imposant la protection des biens publics mondiaux que sont la qualité de l'environnement, la protection de la santé ou des droits sociaux et en plaçant le contrôle sous garantie judiciaire (une «cour des investissements» remplaçant l'arbitrage privé).

Dès lors, l'intégration européenne pourrait contribuer non seulement à consolider l'ordre juridique européen, mais encore à mettre en place un futur ordre mondial universaliste mais pluraliste. Face aux interdépendances croissantes d'un bout à l'autre de la planète, la souveraineté ne serait plus solitaire mais solidaire et l'Europe, qui a fait de la solidarité l'un des principes fondamentaux de l'Union, pourrait l'incarner.

**En conclusion:** En ces temps où les peuples d'Europe sont tentés par un repli souverainiste qu'ils croient encore possible, encouragés par le discours de dirigeants qui préfèrent la démagogie de l'illusion à la pédagogie de la raison, la lucidité nous vient de façon inattendue d'un américain célèbre Henry Kissinger<sup>8</sup>: *«L'Europe qui exerçait il y a moins d'un siècle un quasi-monopole sur l'ordre du monde, menace de se couper de la quête contemporaine d'un ordre mondial en faisant de sa construction interne son objectif géopolitique ultime».*

Ce n'est pas seulement pour nous protéger - hier contre les guerres fratricides et aujourd'hui contre la mondialisation économique et financière - que nous avons voulu l'Europe. C'est aussi pour contribuer à un futur ordre mondial universaliste mais pluraliste. N'oublions pas que nous sommes la seule région où l'on s'efforce de conjuguer juridisme avec pluralisme, d'inventer un pluralisme ordonné. Certes ce pari ambitieux n'est pas gagné mais si nous renonçons à cette ambition, la peur seule ne nous protégera ni du grand désordre, ni d'un ordre juridique hégémonique au profit des plus puissants, qu'il s'agisse des Etats ou des marchés.

---

<sup>8</sup> HENRY KISSINGER, *L'ordre du monde*, Fayard, 2016, p. 95 (traduction de *World Order*, 2014).



Abandonnons le monopole mais ne renonçons pas à influencer l'ordre juridique du monde!