CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME VERICA TRSTENJAK
présentées le 10 juillet 2007 [1]

I — Introduction

1. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord attaque, par un recours en annulation formé en application de l'article 230 CE, le règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004, établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres [2].

2. La présente procédure est connexe à l'affaire C-77/05, dans laquelle le Royaume-Uni attaque, également par un recours en annulation, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne [3]. La Cour n'a pas joint les deux affaires. Elle les traite uniquement comme des affaires connexes relatives à la même problématique. Une audience commune s'est tenue dans les deux affaires le 13 mars 2007.

3. Dans les deux affaires se pose pour la première fois devant la Cour la question de l'interprétation du protocole (n° 2) intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne (ci-après le «protocole Schengen»), lequel fait partie des protocoles annexés au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne. Outre cette interprétation se pose la question encore plus vaste de l'étendue du phénomène de la coopération renforcée dans la structure de l'Union européenne.

II — Cadre juridique

A — *Le traité instituant la Communauté européenne*

4. Les articles 61 CE à 69 CE figurent dans la troisième partie, sous le titre IV du traité CE,

1 — Langue originale: le slovène.
2 — JO L 385, p. 1.
3 — JO L 349, p. 1.

qui s'intitule «Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes».

5. L'article 62 CE dispose: «Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 67, arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam:

[...]

2) des mesures relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres qui fixent:

a) les normes et les modalités auxquelles doivent se conformer les États membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures [...]»

6. L'article 69 CE dispose: «Le présent titre s'applique sous réserve des dispositions du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande et du protocole sur la position du Danemark et sans préjudice du protocole sur l'application de certains aspects de l'article 14 du traité instituant la Communauté européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande.»

7. Aux termes de l'article 311 CE: «Les protocoles qui, du commun accord des États membres, seront annexés au présent traité en font partie intégrante.»

B — *Le protocole Schengen*

8. Le protocole Schengen fait partie des protocoles annexés au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne; il a été inséré dans le droit primaire par le traité d'Amsterdam.

9. Selon l'article 1er du protocole Schengen, «[l]e Royaume de Belgique, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République portugaise, la République de Finlande et le Royaume de Suède, signataires des accords de Schengen,

sont autorisés à instaurer entre eux une coopération renforcée dans des domaines relevant du champ d'application desdits accords et dispositions connexes, tels qu'ils sont énumérés à l'annexe du présent protocole, ci-après dénommés 'acquis de Schengen'. Cette coopération est conduite dans le cadre juridique et institutionnel de l'Union européenne et dans le respect des dispositions pertinentes du traité sur l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne».

10. L'article 2, paragraphe 1, du protocole Schengen dispose: «À compter de la date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'acquis de Schengen, y compris les décisions du comité exécutif institué par les accords de Schengen qui ont été adoptées avant cette date, s'appliquent immédiatement aux treize États membres visés à l'article 1er, sans préjudice du paragraphe 2 du présent article. À compter de cette date, le Conseil se substitue audit comité exécutif».

11. L'article 3 du protocole Schengen dispose: «À la suite de la détermination visée à l'article 2, paragraphe 1, deuxième alinéa, le Danemark conserve les mêmes droits et obligations à l'égard des autres signataires des accords de Schengen qu'avant ladite détermination en ce qui concerne les parties de l'acquis de Schengen qui sont considérées comme ayant une base juridique dans le titre IV du traité instituant la Communauté européenne.»

12. Aux termes de l'article 4 du protocole Schengen:

«L'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, qui n'ont pas souscrit à l'acquis de Schengen, peuvent à tout moment demander de participer à tout ou partie des dispositions de cet acquis.

Le Conseil statue sur la demande à l'unanimité de ses membres visés à l'article 1er et du représentant du gouvernement de l'État concerné.»

13. L'article 5 du protocole Schengen dispose:

«1. Les propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen sont soumises aux dispositions pertinentes des traités.

Dans ce cadre, si l'Irlande ou le Royaume-Uni ou les deux n'ont pas, dans un délai raisonnable, notifié par écrit au président du Conseil qu'ils souhaitent participer, l'autorisation visée à l'article 11 du traité instituant la Communauté européenne ou à l'article 40

du traité sur l'Union européenne est réputée avoir été accordée aux États membres visés à l'article 1er ainsi qu'à l'Irlande ou au Royaume-Uni si l'un ou l'autre souhaite participer aux domaines de coopération en question.

2. Les dispositions pertinentes des traités visées au paragraphe 1, premier alinéa, sont applicables, même si le Conseil n'a pas adopté les mesures visées à l'article 2, paragraphe 1, deuxième alinéa.»

14. L'article 6 dudit protocole dispose que «[l]a République d'Islande et le Royaume de Norvège sont associés à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen et à la poursuite de son développement sur la base de l'accord signé à Luxembourg le 19 décembre 1996 [...]».

15. L'article 8 dudit protocole dispose que, «[a]ux fins des négociations en vue de l'adhésion de nouveaux États membres à l'Union européenne, l'acquis de Schengen et les autres mesures prises par les institutions dans le champ d'application de celui-ci sont considérés comme un acquis qui doit être intégralement accepté par tous les États candidats à l'adhésion».

16. L'acquis de Schengen est défini en annexe du protocole Schengen. Selon cette annexe, cet acquis comprend «[l]'accord, signé à Schengen le 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes»; «[l]a convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, conclue le 19 juin 1990 entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas, ainsi que l'acte final et les déclarations communes y annexés»; «[l]es protocoles et accords d'adhésion à l'accord de 1985 et à la convention d'application de 1990 avec l'Italie [...], l'Espagne et le Portugal [...], la Grèce [...], l'Autriche [...] ainsi que le Danemark, la Finlande et la Suède [...]; ainsi que les actes finals et les déclarations y annexés», et [l]es décisions et déclarations adoptées par le comité exécutif institué par la convention d'application de 1990, ainsi que les actes adoptés en vue de la mise en œuvre de la convention par les instances auxquelles le comité exécutif a conféré des pouvoirs de décision».

C — *Le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande*

17. Le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande (ci-après le

«protocole sur le titre IV»), qui est également annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, régit la coopération de ces deux États membres dans le cas de propositions avancées dans le cadre du titre IV du traité CE.

18. L'article 1er de ce protocole dispose que, «[s]ous réserve de l'article 3, le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant du titre IV du traité instituant la Communauté européenne [...]».

19. Aux termes de l'article 2 du protocole sur le titre IV:

«En vertu de l'article 1er et sous réserve des articles 3, 4 et 6, aucune des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, aucune mesure adoptée en application de ce titre, aucune disposition de tout accord international conclu par la Communauté en application de ce titre et aucune décision de la Cour de justice interprétant ces dispositions ou mesures, ne lie le Royaume-Uni ou l'Irlande ou n'est applicable à leur égard. Ces dispositions, mesures ou décisions ne portent en rien atteinte aux compétences, aux droits et aux obligations desdits États. Ces dispositions, mesures ou décisions ne modifient en rien l'acquis communautaire et ne font pas partie du droit communautaire tels qu'ils s'appliquent au Royaume-Uni ou à l'Irlande.»

20. L'article 3 du protocole sur le titre IV dispose:

«1. Le Royaume-Uni ou l'Irlande peut notifier par écrit au président du Conseil, dans un délai de trois mois à compter de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative en application du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, son souhait de participer à l'adoption et à l'application de la mesure proposée, à la suite de quoi cet État y est habilité. [...]

2. Si, après un délai raisonnable, une mesure visée au paragraphe 1 ne peut pas être adoptée avec la participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande, le Conseil peut adopter cette mesure conformément à l'article 1er sans la participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande. Dans ce cas, l'article 2 s'applique.»

21. L'article 4 du protocole sur le titre IV dispose:

«Le Royaume-Uni ou l'Irlande peut, à tout moment après l'adoption d'une mesure par le Conseil en application du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, notifier au Conseil et à la Commission son

intention d'accepter ladite mesure. Dans ce cas, la procédure prévue à l'article 11, paragraphe 3, du traité instituant la Communauté européenne s'applique mutatis mutandis.»

22. L'article 7 du protocole sur le titre IV dispose que les articles 3 et 4 s'entendent sans préjudice du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne.

D — *Le protocole sur la position du Royaume de Danemark*

23. L'article 5 du protocole sur la position du Royaume de Danemark, qui est également annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, dispose:

«1. Le Danemark décide, dans un délai de six mois après que le Conseil a arrêté une décision au sujet d'une proposition ou d'une initiative visant à développer l'acquis de Schengen en application des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, s'il transpose cette décision dans son droit national. S'il décide de le faire, cette décision créera une obligation de droit international entre le Danemark et les autres États membres visés à l'article 1er du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne ainsi que l'Irlande ou le Royaume-Uni si ces États membres participent aux domaines de coopération en question.

2. Si le Danemark décide de ne pas appliquer une décision du Conseil au sens du paragraphe 1, les États membres visés à l'article 1er du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne examineront les mesures appropriées à prendre.»

E — *Les déclarations annexées au traité d'Amsterdam*

24. Aux termes de la déclaration relative à l'article 4 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne (déclaration nº 45):

«Les Hautes Parties Contractantes invitent le Conseil à demander l'avis de la Commission avant de statuer sur une demande formulée au titre de l'article 4 du protocole intégrant

l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne par l'Irlande ou le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en vue de participer à une partie ou à la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen. Elles s'engagent également à tout mettre en œuvre pour permettre à l'Irlande et au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, s'ils le souhaitent, de recourir aux dispositions de l'article 4 dudit protocole afin que le Conseil soit en mesure de prendre les décisions visées audit article à la date d'entrée en vigueur de ce protocole ou à toute date ultérieure.»

25. Aux termes de la déclaration relative à l'article 5 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne (déclaration n° 46):

«Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à tout mettre en œuvre afin que l'action de l'ensemble des États membres soit possible dans les domaines relevant de l'acquis de Schengen, en particulier dans la mesure où l'Irlande ou le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont accepté tout ou partie des dispositions de cet acquis conformément à l'article 4 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne.»

F — *Le règlement n° 2252/2004*

26. Aux termes du deuxième considérant du règlement n° 2252/2004:

«Des normes minimales de sécurisation des passeports ont été instaurées par une résolution des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 17 octobre 2000 [...]. Il convient à présent d'actualiser cette résolution à l'aide d'une mesure communautaire, afin d'améliorer et d'harmoniser les normes de sécurité permettant de protéger les passeports et les documents de voyage contre la falsification. Des identificateurs biométriques devraient parallèlement être intégrés dans le passeport ou le document de voyage afin d'établir un lien fiable entre le détenteur légitime du passeport et le document lui-même.»

27. Aux termes du troisième considérant dudit règlement:

«L'harmonisation des éléments de sécurité et l'insertion d'identificateurs biométriques constituent un pas important vers l'utilisation de nouveaux éléments, dans la perspective de développements ultérieurs au niveau européen, sécurisant davantage les documents de voyage et établissant un lien plus

fiable entre le passeport et le document de voyage et leur titulaire afin de contribuer sensiblement à la protection du passeport contre une utilisation frauduleuse. Il y a lieu de tenir compte des spécifications de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), et en particulier celles figurant dans le document 9303, sur les documents de voyage lisibles à la machine.»

28. Aux termes du quatrième considérant dudit règlement:

«Le présent règlement se limite à l'harmonisation des éléments de sécurité, y compris les identificateurs biométriques, des passeports et des documents de voyage délivrés par les États membres. La désignation des autorités et des organismes habilités à consulter les données présentes sur le support de stockage des documents est régie par la législation nationale, sous réserve des dispositions applicables du droit communautaire, du droit de l'Union européenne ou des accords internationaux.»

29. D'après le onzième considérant du règlement nº 2252/2004, «[l]e [...] règlement constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auquel le Royaume-Uni ne participe pas, conformément à la décision 2000/365/CE du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen [...]. Par conséquent, le Royaume-Uni ne participe pas à son adoption et n'est pas lié par son application ni soumis à celle-ci».

30. L'article 1er du règlement nº 2252/2004 dispose:

«1. Les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres sont conformes aux normes de sécurité minimales décrites dans l'annexe du présent règlement.

2. Les passeports et les documents de voyage comportent un support de stockage qui contient une photo faciale. Les États membres ajoutent des empreintes digitales enregistrées dans des formats interopérables. Les données sont sécurisées et le support de stockage est doté d'une capacité suffisante afin de garantir l'intégrité, l'authenticité et la confidentialité des données.

3. Le présent règlement s'applique aux passeports et aux documents de voyage délivrés par les États membres. Il ne s'applique pas aux cartes d'identité délivrées par les États membres à leurs ressortissants ou aux passeports et aux documents de voyage temporaires ayant une validité inférieure ou égale à douze mois.»

31. Aux termes de l'article 2 du règlement nº 2252/2004:

«Des spécifications techniques complémentaires sont établies pour le passeport et les documents de voyage, conformément à la procédure prévue à l'article 5, paragraphe 2, en ce qui concerne:

a) les éléments et les exigences de sécurité complémentaires, y compris des normes de prévention renforcées contre le risque de contrefaçon et de falsification;

b) les spécifications techniques relatives au support de stockage des éléments biométriques et à sa sécurisation, y compris la prévention de l'accès non autorisé;

c) les exigences en matière de qualité et de normes communes en ce qui concerne la photo et les empreintes digitales.»

32. Aux termes de l'article 3 de ce règlement:

«1. Il peut être décidé, selon la procédure mentionnée à l'article 5, paragraphe 2, que les spécifications visées à l'article 2 sont secrètes et ne sont pas publiées. Dans ce cas, elles ne sont communiquées qu'aux organismes chargés de l'impression par les États membres et aux personnes dûment autorisées par un État membre ou par la Commission.

2. Chaque État membre désigne un organisme unique ayant la responsabilité de l'impression des passeports et des documents de voyage. Il communique le nom de cet organisme à la Commission et aux autres États membres. Un même organisme peut être désigné par deux États membres ou plus. Chaque État membre conserve la faculté de changer d'organisme. Il en informe la Commission et les autres États membres.»

III — Faits et procédure

33. Le 18 février 2004, la Commission des Communautés européennes a présenté au Conseil une proposition de règlement nº 2252/2004.

34. Le 19 mai 2004, le Royaume-Uni a notifié au Conseil son intention de participer à l'adoption de la proposition de règlement en vertu de l'article 5, paragraphe 1, du protocole Schengen.

35. Malgré la notification du Royaume-Uni, le Conseil a adopté le règlement n° 2252/2004, le 13 décembre 2004, car la proposition de règlement n° 2252/2004 relevait, selon lui, des propositions et des initiatives fondées sur cette partie de l'acquis de Schengen à laquelle le Royaume-Uni ne participe pas selon la décision 2000/365/CE du Conseil [4].

36. Estimant que son impossibilité de participer à l'adoption du règlement n° 2252/2004 était constitutive d'une violation de l'article 5 du protocole Schengen, le Royaume-Uni a introduit un recours en annulation le 17 février 2005.

37. L'Irlande et la République slovaque interviennent dans la présente procédure au soutien des conclusions du Royaume-Uni.

38. Le Royaume d'Espagne, le Royaume des Pays-Bas ainsi que la Commission interviennent au soutien des conclusions du Conseil.

39. Le Royaume-Uni conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler le règlement n° 2252/2004;

— décider, en application de l'article 231 CE, que, à la suite de l'annulation du règlement sur les passeports et jusqu'à l'adoption d'une nouvelle législation en la matière, les dispositions du règlement sur les passeports doivent rester applicables, sauf dans la mesure où elles ont pour effet d'exclure le Royaume-Uni de la participation à l'application dudit règlement;

— condamner le Conseil aux dépens.

40. Le Conseil conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours;

4 — Décision du 29 mai 2000, relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen (JO L 131, p. 43).

— condamner le Royaume-Uni aux dépens.

41. L'Irlande et la République slovaque formulent les mêmes conclusions que le Royaume-Uni.

42. La Commission, le Royaume d'Espagne et le Royaume des Pays-Bas formulent les mêmes conclusions que le Conseil.

43. À l'audience, qui s'est tenue le 13 mars 2007 conjointement à celle dans l'affaire C-77/05, le gouvernement du Royaume-Uni, l'Irlande, les gouvernements espagnol, néerlandais, slovaque, ainsi que la Commission et le Conseil, ont présenté des observations orales et répondu aux questions de la Cour.

IV — Moyens et arguments des parties

A — *Le Royaume-Uni*

44. Les observations du Royaume-Uni dans les deux affaires partent de la distinction opérée entre deux types de mesures fondées sur l'acquis de Schengen. Les mesures du premier type sont des mesures qui relèvent intégralement de l'acquis de Schengen («Schengen-integral measures», ci après les «mesures intégrales»), alors que les mesures du second type sont liées à l'acquis de Schengen («Schengen related measures», ci après les «mesures liées»). Les mesures intégrales sont inextricablement liées à l'acquis de Schengen comme les mesures modifiant les dispositions de cet acquis auxquelles le Royaume-Uni ne participe pas. Par contre, le second type de mesures n'est pas intimement lié à l'acquis de Schengen, bien que ces mesures puissent avoir été adoptées pour atteindre un objectif prévu par l'acquis de Schengen. L'intégrité de l'acquis de Schengen n'est pas menacée si le Royaume-Uni participe au second type de mesures. Les règlements n° 2007/2004 et n° 2252/2004 relèvent du second type de mesures. S'agissant du règlement n° 2252/2004, le Royaume-Uni insiste sur le fait qu'il s'agit d'une mesure liée qui ne remplace ni ne modifie aucune prescription.

45. Selon l'argument principal du Royaume-Uni, le Conseil a agi illégalement parce qu'il l'a empêché de participer à l'adoption du règlement n° 2252/2004. Le Royaume-Uni a notifié au Conseil son souhait de participer à l'adoption du règlement n° 2252/2004 en vertu de l'article 5, paragraphe 1, du protocole Schengen et de l'article 3, paragraphe 1, du protocole sur le titre IV. Le comportement du Conseil était, selon le Royaume-Uni, constitutif d'une violation des formes substantielles au sens de l'article 230, deuxième alinéa, CE.

46. Le Royaume-Uni fait observer que l'article 10 CE, qui relève du premier pilier, et le principe de coopération figurant dans le titre VI du traité UE [5] sont des garanties suffisantes du principe d'intégrité de l'acquis de Schengen contre tous les abus éventuels. L'approche du Conseil en l'espèce est extrêmement formaliste lorsqu'il se réfère à l'adoption de mesures antérieures sous la forme d'une coopération intergouvernementale et non à l'échelle communautaire. Le Royaume-Uni a un intérêt à ce que les frontières extérieures de Schengen fassent l'objet d'une surveillance commune.

47. Le Royaume-Uni critique l'interprétation du Conseil selon laquelle l'application de l'article 5 du protocole Schengen est subordonnée à l'application préalable de son article 4. C'est à tort que le Conseil a interprété l'article 5 du protocole Schengen en ce sens que cet article pouvait s'appliquer à la seule partie de l'acquis de Schengen qui s'applique au Royaume-Uni en vertu de la décision adoptée en application de l'article 4 de ce protocole. Le Royaume-Uni appelle une telle interprétation la théorie de la subordination. Elle est, selon lui, contraire au texte même du protocole Schengen, à la nature de l'article 5 et à la déclaration n° 46, annexée au traité d'Amsterdam. À la place de la théorie de la subordination, le Royaume-Uni propose d'appliquer la théorie de l'indépendance, en vertu de laquelle l'application de l'article 5 est indépendante de celle de l'article 4 du protocole Schengen, car les articles 4 et 5 ne sont pas dans un rapport mutuel de subordination ou de supériorité.

48. Milite contre la théorie de la subordination le libellé de l'article 5, paragraphe 1, du protocole Schengen. En vertu de ce texte, les actes adoptés sur le fondement juridique de cet article s'appliquent dans tous les États membres. C'est pourquoi les dispositions pertinentes des traités régissent l'approfondissement de l'acquis de Schengen. L'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, du protocole Schengen ne régit pas un mécanisme d'opting-out, mais un mécanisme de coopération renforcée. Il s'ensuit que la participation du Royaume-Uni ne dépend pas de l'unanimité des autres États membres participant à l'acquis de Schengen (ci-après les «États Schengen»). Les arguments par lesquels on tente de démontrer que l'article 5, paragraphe 1, du protocole Schengen est imprécis et incomplet en ce qui concerne les droits de participation de l'Irlande et du Royaume-Uni n'emportent pas la conviction. Le Royaume-Uni n'a pas besoin de l'unanimité des autres États Schengen, parce que sa notification écrite effectuée en application de l'article 5 du protocole Schengen exclut (désactive) le mécanisme de coopération renforcée.

49. S'agissant de la théorie de l'indépendance, le Royaume-Uni soutient qu'elle est conforme à l'article 7 du protocole sur le titre IV. L'objet principal de cet article est de

5 — Arrêt du 16 juin 2005, Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285, point 42).

préciser que, selon le protocole sur le titre IV, le Royaume-Uni et l'Irlande n'ont pas le droit de s'associer à ces éléments de l'acquis de Schengen qui, d'après la décision 1999/436/CE du Conseil [6], trouvent leur base juridique dans le titre IV. Cependant, si le Royaume-Uni procède à la notification écrite au Conseil en application de l'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, du protocole Schengen, et si la base juridique de la proposition à laquelle le Royaume-Uni souhaite participer est le titre IV du traité CE, le protocole sur le titre IV s'applique. En outre, la théorie de l'indépendance est également conforme à l'exigence du respect de l'intégrité de l'acquis de Schengen. La participation du Royaume-Uni à cet acquis, sans autorisation préalable, ne menace pas l'intégrité de l'acquis de Schengen, car l'article 10 CE et l'article 3, paragraphe 2, du protocole sur le titre IV qui, dans certaines conditions, permet l'adoption de toute mesure sans la participation du Royaume-Uni permettent de protéger suffisamment cette intégrité.

50. Selon le Royaume-Uni, le protocole Schengen comporte deux mécanismes de coopération renforcée. L'article 4 dudit protocole détermine le premier mécanisme et s'applique en vue de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union européenne et dans le droit communautaire. La seconde partie que fixe l'article 5 dudit protocole régit son approfondissement. S'il s'agit d'une adhésion à l'acquis de Schengen, les articles 4 et 5 du protocole Schengen prévoient une procédure différente de celle qui s'applique s'il s'agit du seul approfondissement de cet acquis.

51. Selon le Royaume-Uni, seule a un sens l'interprétation de l'article 5 du protocole Schengen, selon laquelle cet article s'applique aux seules mesures fondées sur l'acquis de Schengen auxquelles le Royaume-Uni ne participe pas. En effet, si cet article portait sur des mesures auxquelles le Royaume-Uni participe, l'article 2 du protocole sur la situation du Royaume de Danemark, par exemple, devrait comporter des dispositions pour le cas où le Royaume-Uni déciderait de ne pas participer à cette mesure.

52. Le Royaume-Uni fait également remarquer que l'interprétation de l'article 5 conformément à la théorie de la subordination, telle que proposée par le Conseil, viole le principe de proportionnalité. Le Royaume-Uni et l'Irlande ont maintes fois participé à l'approfondissement de l'acquis de Schengen, bien qu'ils n'aient pas mis en œuvre la procédure de l'article 4 du protocole Schengen. Un grand nombre d'exceptions dans lesquelles une participation a été autorisée sans mise en œuvre de la procédure de l'article 4 du protocole prouve que l'intégrité de l'acquis de Schengen n'était pas menacée.

6 — Décision du 20 mai 1999, déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen (JO L 176, p. 17).

53. L'interprétation large et vague de la notion de mesure fondée sur l'acquis de Schengen, qui apparaît dans la pratique du Conseil, est également contraire au principe de sécurité juridique. Un tel test en deux étapes, appliqué par le Conseil pour déterminer s'il s'agit d'une mesure fondée sur l'acquis de Schengen, n'est pas conforme à l'article 5 du protocole Schengen. La deuxième partie du test, qui introduit le critère servant à déterminer s'il s'agit d'une affaire qui est essentielle à la libre circulation des personnes dans un espace où la surveillance des personnes a été supprimée aux frontières communes, est beaucoup trop vague pour qu'il soit satisfait aux exigences en matière de sécurité juridique.

54. Il est vrai que le Royaume-Uni ne souhaite pas obtenir la suppression des frontières intérieures, comme l'ont fait les États Schengen. Cependant, ce souhait ne signifie pas un risque théorique pour les États Schengen que l'intégrité de l'acquis de Schengen soit menacée.

55. Enfin, le principe d'un traitement identique des ressortissants de l'Union dans le cadre de contrôles des passeports qui peuvent être effectués aux frontières extérieures signifie cependant que le Royaume-Uni et l'Irlande devaient participer au règlement n° 2252/2004. Si le matériel technique de reconnaissance des passeports aux points de passage frontaliers aux frontières extérieures de l'Union européenne n'est pas en mesure de lire les passeports des ressortissants du Royaume-Uni et de l'Irlande, ils sont traités, sans que cela soit justifié, d'une manière différente des ressortissants des autres États membres.

56. À titre subsidiaire uniquement, si la Cour devait estimer que la théorie de l'indépendance est exacte, le Royaume-Uni est d'avis que l'article 5 du protocole Schengen ne saurait, par conséquent, s'appliquer aux mesures liées. Cet article ne s'applique qu'aux mesures intégrales. Or, comme le règlement n° 2252/2004 ne relève pas de ces dernières, le Royaume-Uni devrait participer à l'adoption de ce règlement.

B — *Les parties intervenant au soutien des conclusions du Royaume-Uni*

57. En se référant aux principes d'interprétation des traités internationaux, énoncés aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne, de 1969, sur le droit des traités, l'*Irlande* allègue qu'il n'existe aucun motif de renoncer au libellé clair des articles 4 et 5 du protocole Schengen. L'Irlande soutient la théorie du Royaume-Uni sur le rapport d'indépendance entre les articles 4 et 5 dudit protocole en invoquant l'article 8 de ce

protocole et l'article 6, paragraphe 2, de la décision 2002/192/CE [7]. Bien que cette décision parle également de mesures qui font partie de l'acquis de Schengen et qui ont été adoptées après l'entrée en vigueur du protocole Schengen, cela ne signifie pas pour autant qu'une interprétation dynamique du protocole Schengen soit suffisante. En effet, le Conseil ne peut pas modifier le droit primaire par sa décision. L'Irlande soutient, en outre, que la pratique du Conseil est de nature à empêcher de façon disproportionnée la participation de l'Irlande et du Royaume-Uni.

58. La *République slovaque* soutient le Royaume-Uni. Si un État membre ne participe pas à l'acquis de Schengen, cela ne doit pas être un critère d'exclusion de sa participation en vertu de l'article 5 du protocole Schengen ou de l'article 3, paragraphe 1, du protocole sur le titre IV. La République slovaque estime que des éléments supplémentaires sont nécessaires pour effectuer l'examen, et propose par conséquent un test différent qui s'appliquerait ainsi aux deux articles 4 et 5 du protocole Schengen. Une fois ce test effectué, la coopération fondée sur l'article 5 du protocole Schengen ne pourrait être refusée que s'il est clair, sans aucun doute raisonnable, que l'intégrité et la cohérence de l'acquis de Schengen sont menacées. La participation d'un État membre qui n'est pas un État Schengen doit être manifestement et directement incompatible avec les objectifs de l'acquis de Schengen, ce qui signifie en pratique que cela donne lieu à une limitation réelle du fonctionnement et de l'efficacité d'une mesure qui fait partie de l'acquis de Schengen.

59. La République slovaque fait également remarquer que la position du Conseil, selon laquelle l'article 4 du protocole Schengen est lié à la participation à des mesures d'approfondissement, signifie que l'article 5 de ce protocole est superflu.

C — *Le Conseil*

60. Le Conseil fait observer que la théorie de l'indépendance défendue par le Royaume-Uni n'est pas compatible avec le principe d'intégrité de l'acquis de Schengen et qu'elle contredit également la structure et la logique du protocole Schengen et du protocole sur le titre IV. La théorie de l'indépendance menace le principe d'intégrité de l'acquis de Schengen, surtout si on l'applique en la limitant aux mesures intégrales. Le Conseil rétorque que l'article 5 du protocole Schengen ne vise pas à octroyer des droits au Royaume-Uni et à l'Irlande, mais à préserver l'action des États Schengen contre l'entrave au développement de la coopération renforcée de la part d'un ou de plusieurs États. Cette finalité de l'article 5 du protocole

7 — Décision du Conseil, du 28 février 2002, relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen (JO L 64, p. 20).

Schengen ressort de la différence avec l'article 4. De ce fait, on ne saurait dire que l'Irlande et le Royaume-Uni participent automatiquement après en avoir avisé le Conseil.

61. Selon le Conseil, la sauvegarde de l'intégrité de l'acquis de Schengen est le ratio legis de l'article 4 du protocole Schengen. Il existe un lien de causalité clair entre la suppression des contrôles aux frontières intérieures et les mesures d'accompagnement.

62. En outre, les mesures relevant de la coopération renforcée Schengen sont interdépendantes et liées. De ce fait, on peut en venir à porter atteinte à l'intégrité même s'il ne s'agit pas d'une mesure que le Royaume-Uni définit comme une mesure intégrale, mais que l'on constate, après avoir effectué le contrôle en deux étapes, qu'il s'agit d'une question liée à la libre circulation des personnes dans un espace où les frontières intérieures sont supprimées.

63. Le Conseil fait également observer que, afin de protéger le principe d'intégrité et de cohérence de l'acquis de Schengen, le Royaume-Uni ne pourrait plus, après déclaration éventuelle et une fois effectuée la procédure de l'article 4 du protocole Schengen, se retirer («opt out») unilatéralement de l'approfondissement de cet acquis. À titre d'exemple d'une non-conformité possible lors de l'approfondissement de l'acquis de Schengen, le Conseil cite la participation du Royaume-Uni à des mesures de retour des étrangers et sa non-participation au refus de réadmission dans l'Union européenne.

64. Le rapport de primauté ou de subordination entre les articles 5 et 4 du protocole Schengen est également nécessaire afin d'éviter la mise en œuvre du mécanisme de l'article 4 dans le cadre d'une procédure selon l'article 5. L'article 10 CE et le principe de coopération ne suffisent pas, à cet effet, comme dispositifs de protection contre une atteinte à l'intégrité de l'acquis de Schengen. La référence à l'article 3, paragraphe 2, du protocole sur le titre IV est erronée, parce que l'article 7 dudit protocole limite le champ d'application du protocole en vertu du principe selon lequel, en cas de conflit, le protocole Schengen est la disposition spéciale par rapport au protocole sur le titre IV. Le mécanisme d'«opting-in» prévu à l'article 3, paragraphe 1, du protocole sur le titre IV concerne les seules mesures adoptées en vertu du titre IV du traité CE, mais pas les mesures fondées sur l'acquis de Schengen. Si on suivait les allégations du Royaume-Uni sur la théorie de l'indépendance, l'article 7 du protocole sur le titre IV n'aurait pas de sens. Le Royaume-Uni pourrait simplement appliquer l'article 3, paragraphe 1, du protocole sur le titre IV et notifier son intention de participer à des mesures fondées sur le titre IV du traité, lesquelles sont en même temps des mesures fondées sur l'acquis de

Schengen. Mais, s'il en était ainsi, le dispositif de protection, intégré à l'article 4 du protocole Schengen, serait contourné.

65. Le Conseil rejette les allégations du Royaume-Uni sur l'interprétation large et vague de la notion de mesure fondée sur l'acquis de Schengen et fait observer que le simple examen en deux étapes permet de déterminer s'il s'agit, ou non, d'une mesure d'approfondissement. Dans le cadre de cet examen, on détermine le degré requis d'étroitesse du lien entre la mesure proposée et la suppression des contrôles aux frontières intérieures pour pouvoir estimer s'il s'agit d'une mesure fondée sur l'acquis de Schengen. À la première étape de ce test, on vérifie l'application même de l'acquis de Schengen à la mesure. On peut mesurer l'étendue de cet acquis à l'aide de la décision 1999/437/CE du Conseil, du 17 mai 1999, relative à certaines modalités d'application de l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen [8]. La seconde phase de ce contrôle est la question de savoir s'il s'agit d'une affaire essentielle à la libre circulation des personnes dans un espace où la surveillance instituée des personnes est supprimée aux frontières intérieures et où est établi un système commun de surveillance aux frontières extérieures qui lierait également le Royaume de Norvège et la République d'Islande et qui figure dans une note, du 22 octobre 1999, adressée par la présidence, note examinée et approuvée par le Coreper. Cet examen visait à assurer au sein du Conseil une plus grande cohérence lors de la discussion d'actes juridiques relevant de la coopération Schengen. Cet examen est une aide déterminante pour arrêter le choix de la procédure correcte. N'est pas fondée l'objection selon laquelle cet examen a été développé à l'attention du comité mixte pour la Norvège et l'Islande. Il n'y a pas de différence, selon leur teneur, entre les mesures que ce comité mixte adopte et celles fondées sur l'article 5 du protocole Schengen.

66. Il n'existe pas de base dans le droit de l'Union européenne pour opérer la distinction, proposée par le Royaume-Uni, entre mesures liées et mesures intégrales. Le protocole Schengen traite l'acquis de Schengen comme un tout. À l'occasion de l'adoption de la décision 1999/435/CEE [9], le Conseil aurait pu tenir compte de l'opinion du Royaume-Uni, mais cette décision n'a pas tenu compte de cette opinion.

67. S'agissant de l'allégation du Royaume-Uni sur la participation à des mesures de l'acquis de Schengen, le Conseil explique que l'on peut définir la situation du Royaume-Uni en vertu d'un examen particulier. S'il

8 — JO L 176, p. 31.

9 — Décision du Conseil, du 20 mai 1999, relative à la définition de l'acquis de Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis (JO L 176, p. 1).

s'agit d'une proposition ayant sa base juridique dans le titre IV du traité, qui n'implique pas un développement de l'acquis de Schengen, le Royaume-Uni peut participer («opt in») en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du protocole sur le titre IV. Par contre, s'il s'agit d'une proposition qui implique un développement de l'acquis de Schengen, le Conseil définit la situation britannique en application de l'article 4 du protocole Schengen. Si le Royaume-Uni participe à une partie de l'acquis de Schengen, comme le stipule la décision 2000/365, il peut participer à l'adoption d'actes sans notification particulière préalable. Mais, s'il ressort d'une décision restrictive que le Royaume-Uni ne participe pas à ce domaine de l'acquis de Schengen, il doit, pour coopérer, agir conformément à l'article 4 du protocole Schengen.

68. La participation du Royaume-Uni à l'adoption de mesures qui font partie de l'acquis de Schengen s'explique, d'après le Conseil, par les singularités du cas de coopération particulier. Ainsi, le règlement (CE) nº 334/2002 [10] a été adopté sur le fondement juridique de l'ancien article 100 C du traité CEE (abrogé par le traité d'Amsterdam) avant que l'acquis de Schengen ne soit transféré dans le cadre du droit de l'Union européenne. Les autres actes juridiques constituent plutôt des mesures d'application que des actes normatifs, ou bien des actes qui s'expliquent par les caractéristiques de leur champ d'exécution. La décision 2004/573/CE [11] en est un exemple. En ce qui concerne la directive 2001/40/CE [12] et la décision 2004/191/CE [13], le Conseil explique qu'il s'agit de mesures fondées sur l'acquis de Schengen auxquelles le Royaume-Uni ne participe pas. La participation à l'adoption de cette directive et de cette décision est motivée par le fait que cette directive régit la seule possibilité de reconnaissance mutuelle de décisions d'éloignement d'étrangers du pays. C'est pourquoi elle est liée à l'éloignement de ressortissants de pays tiers qui pourraient simplement éviter l'éloignement en se rendant au Royaume-Uni.

69. Les mesures liées à la surveillance des personnes aux frontières extérieures relèvent de l'acquis de Schengen. Figure parmi de telles mesures le règlement nº 2252/2004, car le contrôle des passeports est en pratique effectué aux frontières extérieures. L'article 62, point 2, sous a), CE, base juridique du règlement nº 2252/2004, assure la liaison entre ce règlement et les frontières extérieures. Or, le contrôle des passeports est une affaire essentielle à la libre circulation des personnes dans un espace où la surveillance des personnes est supprimée aux frontières

10 — Règlement du Conseil, du 18 février 2002, modifiant le règlement (CE) nº 1683/95 établissant un modèle type de visa (JO L 53, p. 7).

11 — Décision du Conseil, du 29 avril 2004, relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus (JO L 261, p. 5).

12 — Directive du Conseil, du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers (JO L 149, p. 34).

13 — Décision du Conseil, du 23 février 2004, définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40 (JO L 60, p. 55).

intérieures. Le Royaume-Uni n'a pas demandé à participer à ce domaine de l'acquis de Schengen. En conséquence, la décision 2000/365 ne comporte pas non plus de dispositions sur la participation de celui-ci à cette partie de l'acquis de Schengen.

D — *Les parties intervenant au soutien des conclusions du Conseil*

70. Selon la *Commission*, la position du Conseil quant à l'articulation entre les articles 4 et 5 du protocole Schengen est correcte. Bien qu'elle ne partage pas le point de vue du Royaume-Uni sur la distinction entre mesures intégrales et mesures liées, la Commission estime que le règlement n° 2252/2004 est une mesure intégrale, car il est inextricablement lié à l'acquis de Schengen dans une partie à laquelle le Royaume-Uni ne participe pas.

71. Selon la Commission, la particularité essentielle de la coopération renforcée et de l'acquis de Schengen est le principe d'intégrité. De ce fait, le devoir de préserver cette intégrité et cette cohérence de l'acquis de Schengen est fondé. Le protocole Schengen prévoit certes une coopération partielle d'un État membre particulier qui n'est pas un État Schengen, mais ne prévoit pas le choix, au gré de cet État, des parties de l'acquis de Schengen engendrant la formation d'un mélange de coopérations et d'obligations.

72. On ne doit pas traiter séparément l'article 5 du protocole Schengen hors du contexte de l'ensemble du protocole. En conséquence, la théorie de l'indépendance est fausse s'agissant de l'articulation entre les articles 4 et 5 de ce protocole. La Commission fait remarquer que l'expression «fondées sur l'acquis de Schengen» figurant à l'article 5 du protocole Schengen n'est pas imprécise et vague. S'il s'agit de développer l'acquis de Schengen, l'adoption d'actes sur le fondement juridique de cet article ne se distingue pas de la détermination d'une base juridique pour adopter un acte de droit communautaire. L'examen en deux étapes élaboré par le Conseil, permettant de définir l'approfondissement, est correct et suffisant.

73. Enfin, la Commission allègue que le règlement n° 2252/2004 vise à établir des normes de sécurité minimales pour les passeports et les documents de voyage. Un lien plus fiable entre le titulaire du passeport et le passeport peut ainsi être instauré grâce à la biométrie. Cet objectif est indissolublement lié à la surveillance aux frontières extérieures qui sont l'essence même de la coopération Schengen. Les ressortissants du Royaume-Uni ne font pas l'objet d'une discrimination, parce que le Royaume-Uni ne participe pas au règlement n° 2252/2004. L'Irlande et le Royaume-Uni peuvent intégrer des éléments biométriques dans leurs

passeports en vertu également des règles de l'Organisation de l'aviation civile internationale.

74. Le *Royaume d'Espagne* fait observer que l'interprétation que le Royaume-Uni fait du protocole Schengen implique la mise en danger de mesures qui ont déjà été adoptées dans le domaine des coopérations renforcées, et qu'elle menacerait ainsi le principe d'intégrité de l'acquis de Schengen. Le Royaume d'Espagne soutient que le droit de participation du Royaume-Uni ne résulte pas d'une interprétation systématique, téléologique et historique de l'article 5, paragraphe 1, du protocole Schengen. Cependant, s'agissant des affirmations subsidiaires du Royaume-Uni, le Royaume d'Espagne estime que le Conseil doit désigner les mesures qui font partie du développement de l'acquis de Schengen.

75. Soutenant le point de vue du Conseil sur le rapport de subordination des articles 5 et 4 du protocole Schengen, le *Royaume des Pays-Bas* a déclaré à l'audience que l'article 4 de ce protocole exigeait la décision unanime des États Schengen et du Royaume-Uni. La condition d'unanimité empêche que les États membres puissent arbitrairement décider de participer à une seule partie de l'acquis de Schengen, et préserve ainsi la cohérence de cet acquis. Si l'article 5 du protocole Schengen était interprété comme le Royaume-Uni le propose, cela signifierait que les États membres ont le droit de ne pas participer à l'approfondissement de l'acquis de Schengen, bien qu'ils participent à l'acquis de Schengen.

V — Analyse

76. Le traité d'Amsterdam a ouvert une nouvelle dimension de l'intégration européenne [14]. Un espace de liberté, de sécurité et de justice a été institué par ce traité [15]. La doctrine souligne que la notion de coopération renforcée s'applique également au développement et à la consolidation de cet espace [16] dont l'acquis de Schengen relève également compte tenu de l'article 1er du protocole Schengen [17]. Cet acquis a été avant tout conçu comme un élément de droit international public, et incorporé dans le droit de l'Union européenne et dans le droit

14 — Thym, D., *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 2004, p. 79. D'après l'auteur, il s'agit d'un nouveau degré d'intégration après l'instauration d'un marché intérieur et d'une union monétaire.

15 — Il convient de faire remarquer que, pour les besoins de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le traité d'Amsterdam a modifié le titre VI du traité UE et introduit un nouveau titre IV dans le traité CE.

16 — Bribosia, H., «Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne, Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam», *Cahiers de droit européen*, 1-2/2000, p. 57, spécialement p. 88. En ce qui concerne l'importance de la coopération renforcée, je me réfère également au discours d'un ancien président de la Commission, Jacques Delors, tenu en mars 2007 devant le sénat belge et dont le résumé est publié dans *Agence Europe* nº 9407, du 17 avril 2007.

17 — Thym, D., précité à la note 14, p. 83. L'auteur fait également référence à l'article 43, sous i), UE qui dispose qu'une proposition de coopération renforcée n'affecte pas les dispositions du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne.

communautaire en vertu de l'article 2, paragraphe 1, du protocole Schengen [18].

77. Dans les affaires C-137/05 et C-77/05, la Cour est confrontée à l'interprétation de protocoles qui concernent en particulier la coopération renforcée [19]. Le concept traditionnel d'intégration européenne résulte de la notion d'intégration uniforme, partant de la création de règles uniformes qui s'appliquent de manière uniforme à tous les États membres [20]. En raison des modifications apportées aux traités constitutifs par lesquelles la compétence de la Communauté européenne et de l'Union européenne a été approfondie, et en raison des nouveaux élargissements de l'Union qui génèrent une plus grande hétérogénéité des structures et des intérêts, le concept d'intégration uniforme ne peut plus s'appliquer de la même façon qu'à l'époque où la Communauté économique européenne ne comptait que six ou neuf membres [21]. La coopération renforcée est l'expression juridique de la mise en balance entre élargissement et approfondissement de l'Union [22]. Selon la doctrine, l'acquis de Schengen implique une forme particulière, modifiée, de coopération renforcée que quelques États membres ont conçue par des traités internationaux [23], par l'accord signé à Schengen le 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (ci-après l'«accord de Schengen»), et par la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, conclue le 19 juin 1990 (ci-après la «convention d'application»), à l'extérieur du cadre institutionnel de la Communauté de l'époque et de l'Union actuelle [24]. En tant qu'actes indépendants de droit international, les deux accords ont cessé d'exister à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam [25].

18 — den Boer, M., «Not Merely a Matter of Moving House: Police Co-operation from Schengen to the TEU», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7(2000), p. 336, spécialement p. 337; Bender, T., «Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza», *ZaöRV* 2001, p. 730, spécialement p. 743; Gautier, M., «Accords de Schengen», fascicule n° 2630 du *JurisClasseur Europe Traité*, point 38; Thym, D., précité à la note 14, p. 82. Ce dernier souligne que le protocole Schengen s'applique aux premier et troisième piliers et qu'il a, pour cette raison, été adopté en tant qu'annexe des traités UE et CE.

19 — Dans l'arrêt du 31 janvier 2006, Commission/Espagne (C-503/03, Rec. p. I-1097, point 34), la Cour fait observer que «les dispositions de l'acquis de Schengen ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire». L'article 1^er du protocole Schengen dispose que la coopération renforcée dans le domaine de l'acquis de Schengen doit être effectuée dans le cadre juridique et institutionnel de l'Union et dans le respect des traités. Cette disposition est une expression particulière du principe énoncé à l'article 43, paragraphe 1, UE, selon lequel la coopération renforcée respecte les traités et le cadre institutionnel de l'Union ainsi que le droit communautaire.

20 — Bender, T., précité à la note 18, p. 730, 731 et 767.

21 — Jacqué, J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e édition, Paris, 2004, p. 161, pense que la coopération renforcée résulte du constat qu'il est impossible que tous les États membres avancent à la même vitesse dans l'intégration.

22 — Blanke, H.-J., «Titel VII, Bestimmungen über eine Verstärkte Zusammenarbeit», dans Grabitz et Hilf, point 1.

23 — En se référant à l'article 134 de la convention d'application, la doctrine insiste sur le fait que, dès le début, l'acquis de Schengen était de nature à ne pas s'opposer en réalité au droit communautaire [Van Simaeys, B., et Carlier, J.-Y., «Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice», dans Lejeune, Y. (éd.), *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruxelles, 1999, p. 250].

24 — Blanke, précité à la note 22, point 9; Gautier, M., précité à la note 18, points 1 et 2. On a été amené à procéder au développement hors du cadre du traité constitutif, parce que la Communauté était certes compétente en matière de libre circulation des personnes, mais qu'elle ne l'était pas encore pour réglementer la situation juridique des ressortissants d'États tiers.

25 — Gautier, M., précité à la note 18, point 3. L'auteur fait observer que le traité d'Amsterdam a intégré dans le cadre institutionnel de l'Union européenne l'acquis, résultat des accords de Schengen.

78. Il convient, en premier lieu, de faire remarquer que le droit primaire ne connaît pas la distinction entre mesures intégrales et mesures liées. Le Royaume-Uni attire, lui aussi, l'attention sur ce point lorsqu'il allègue dans sa réplique que cette distinction est un moyen d'analyse pour définir les quelques cas dans lesquels l'exclusion de l'Irlande et du Royaume-Uni de la participation à une mesure fondée sur l'acquis de Schengen était justifiée [26].

79. L'article 5 du protocole Schengen parle des propositions et des initiatives fondées sur l'acquis de Schengen [27]. Or, à l'audience, toutes les parties ont parlé du «développement» de l'acquis de Schengen. En conséquence, il convient de déterminer si les notions «fondées sur l'acquis de Schengen» et «développement de l'acquis de Schengen» sont synonymes.

80. En droit secondaire, par exemple, le sixième considérant de la directive 2001/51/CE du Conseil, du 28 juin 2001, visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 [28], emploie dans les versions anglaise et espagnole la même expression qu'à l'article 5 du protocole Schengen, mais pas dans les versions slovène, française, allemande et italienne [29]. Le treizième considérant du règlement (CE) nº 377/2004 du Conseil, du 19 février 2004, relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison «Immigration» [30] emploie dans les versions anglaise, française, italienne et espagnole les mêmes termes que dans le protocole Schengen dans ces langues, alors que les versions slovène et allemande n'utilisent pas les mêmes mots [31]. Le douzième considérant de la décision 2005/267/CE du Conseil, du 16 mars 2005, établissant un réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour les services des États membres chargés de la gestion des flux migratoires [32], inclut des mesures qui développent les dispositions de l'acquis de Schengen afin de lutter contre l'organisation de l'immigration illégale [33].

26 — Mémoire en réplique dans l'affaire C-77/05, point 72.

27 — Dans la version anglaise du protocole est employée l'expression suivante: «Proposals and initiatives to build upon the Schengen *acquis*»; en français, «Les propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen»; en allemand, «Vorschläge und Initiativen auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands»; en italien, «Le proposte e le iniziative che si baseranno sull'acquis di Schengen», et en espagnol, «Las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen».

28 — JO L 187, p. 45.

29 — Dans la version slovène, «Ta direktiva pomeni nadaljnji razvoj schengenskega pravnega reda [...]»; dans la version anglaise, «This Directive builds on the Schengen acquis [...]»; en français, «La présente directive constitue un développement de l'acquis de Schengen [...]»; en allemand, «Diese Richtlinie stellt eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands [...]»; en italien, «Il presente strumento rappresenta uno sviluppo dell'acquis di Schengen [...]», et, en espagnol, «La presente Directiva constituye un desarrollo del acervo de Schengen [...]».

30 — JO L 64, p. 1.

31 — Dans la version slovène, «Ta uredba je akt, ki temelji na schengenskem pravnem redu [...]»; dans la version anglaise, «This Regulation constitutes an act building on the Schengen acquis [...]»; dans la version française, «Le présent règlement constitue un acte fondé sur l'acquis de Schengen [...]»; dans la version allemande, «Diese Verordnung stellt einen auf dem Schengen-Besitzstand aufbauenden [...] Rechtsakt [...]»; en italien, «Il presente regolamento costituisce un atto basato sull'acquis di Schengen [...]», et en espagnol, «El presente Reglamento constituye un acto que desarrolla el acervo de Schengen [...]».

32 — JO L 83, p. 48.

33 — Dans la version anglaise, «[...] to the extent that its measures develop provisions of the Schengen acquis against the organisation of illegal immigration [...]»; en français, «[...] pour autant que ses mesures développent les dispositions de l'acquis de Schengen afin de lutter contre l'organisation de l'immigration illégale [...]»; en allemand, «[...] deren Maßnahmen eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung darstellen [...]»; en italien, «[...] nella misura in cui le sue misure sviluppano le disposizioni dell'acquis di Schengen volte a combattere l'organizzazione di immigrazione illegale [...]», et, en espagnol, «[...] en la medida en que desarrolla las disposiciones del acervo de Schengen en materia de lucha contra la organización de la inmigración ilegal [...]».

Dans les versions anglaise, française, italienne et espagnole sont employés les mêmes termes qu'à l'article 5 du protocole, contrairement aux versions slovène et allemande.

81. Je souhaiterais faire remarquer que la teneur des versions linguistiques dans lesquelles le droit secondaire de l'acquis de Schengen ne contient pas les mêmes termes, comme dans les textes allemand et italien du protocole Schengen et des actes de droit secondaire qui sont énumérés au point 80 ci-dessus, est absolument identique à celle des versions linguistiques dans lesquelles sont employés les mêmes termes, comme dans la version anglaise de ces actes. Si la teneur variait en raison de l'emploi, dans ces actes, de termes différents dans des versions linguistiques différentes, il faudrait, pour interpréter la prescription de droit communautaire, comparer leurs versions linguistiques [34]. En cas de divergence entre les versions linguistiques, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément [35]. Or, l'article 5 du protocole Schengen vise à mettre en œuvre une procédure particulière en faveur du Royaume-Uni et de l'Irlande en vue de leur participation à de nouveaux actes qui impliquent un approfondissement, partant un développement, de l'acquis de Schengen.

82. D'emblée, nous pouvons également observer que la présente affaire est liée à l'interprétation des protocoles et des déclarations qui sont annexés au traité UE et au traité CE. La doctrine voit, dans les protocoles et les déclarations, deux catégories traditionnelles d'annexes aux traités constitutifs [36]. En vertu de l'article 311 CE, «[l]es protocoles [37] qui, du commun accord des États membres, seront annexés au présent traité en font partie intégrante» [38]. Ainsi, dans l'affaire Miraglia [39], la Cour a appliqué l'article 2 du protocole Schengen comme

34 — À ce stade, je souhaiterais renvoyer à l'arrêt du 2 avril 1998, EMU Tabac e.a. (C-296/95, Rec. p. I-1605, point 36). S'agissant d'une différence entre les versions danoise et grecque de la directive 92/12/CEE du Conseil, du 25 février 1992, relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise (JO L 76, p. 1), telle que modifiée par la directive 92/108/CEE du Conseil, du 14 décembre 1992 (JO L 390, p. 124), la Cour a constaté que «faire fi de deux des versions linguistiques [...] serait en contradiction avec la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle la nécessité d'une interprétation uniforme des règlements communautaires exclut que, en cas de doute, le texte d'une disposition soit considéré isolément, et exige au contraire qu'il soit interprété et appliqué à la lumière des versions établies dans les autres langues officielles».

35 — Arrêts du 27 octobre 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999, point 14), et du 7 décembre 1995, Rockfon (C-449/93, Rec. p. I-4291, point 28). L'affaire Rockfon portait sur l'interprétation de l'article 1^er de la directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO L 48, p. 29). Il fallait interpréter la notion d'«établissement» figurant dans cet article, à savoir «establishment» dans la version anglaise, et «lo stabilimento» dans la version italienne. En examinant de près les différentes versions linguistiques de la directive, la Cour a constaté qu'«il ressort[ait] d'une comparaison des termes utilisés qu'ils ont une connotation différente: à savoir, selon le cas, établissement, entreprise, centre de travail, unité locale ou lieu de travail».

36 — Michel, V., «Actes annexés au traité», fascicule n° 150 du *JurisClasseur Europe Traité*, point 3.

37 — La science juridique allemande fait remarquer que la notion de protocole dont parle l'article 311 CE ne connaît pas de définition en droit communautaire (Weber, dans von den Groeben et Schwarze, article 311, point 1).

38 — Ibidem, point 36. D'après l'auteur, la valeur juridique des protocoles est identique à celle des traités constitutifs.

39 — Arrêt du 10 mars 2005 (C-469/03, Rec. p. I-2009).

élément de droit primaire. Cependant, les déclarations qui sont annexées aux traités CE et UE ne doivent pas être traitées de la même façon que les protocoles [40], car elles ne sont pas contraignantes [41]. Les déclarations que la conférence intergouvernementale a adoptées ne font pas partie intégrante des traités constitutifs, mais peuvent revêtir de l'importance lors de l'interprétation de ces traités en vertu de l'article 31, paragraphe 2, sous b), de la convention de Vienne sur le droit des traités [42]. La différence entre un protocole et une déclaration est particulièrement importante, parce que les institutions doivent respecter les protocoles dans l'exercice de leur activité normative [43].

A — *La recevabilité du recours*

83. En application de l'article 230 CE, le Royaume-Uni, État membre, a introduit dans les délais un recours en annulation contre le règlement nº 2252/2004, acte adopté par le Conseil. Eu égard au libellé de l'article 230 CE, le recours est recevable [44].

B — *La situation juridique de certains États membres dans le cadre de l'acquis de Schengen*

84. Avant d'analyser la situation du Royaume-Uni et de l'Irlande dans le cadre de l'acquis de Schengen, il convient de fournir un bref aperçu de la situation de quelques autres États. En effet, l'acquis de Schengen connaît plusieurs formes de coopération qui s'appliquent uniquement à certains États membres.

1. Le Royaume de Danemark

85. Le Royaume de Danemark accepte le principe de la suppression de la surveillance

40 — Weber, précité à la note 37, point 2.

41 — Lenaerts, K., Van Nuffel, P., et Bray R., *Constitutional Law of the European Union*, 2e édition, Londres, 2005, p. 710, ainsi que Blumann, C., et Dubois, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2e édition, Paris, 2005, p. 394.

42 — Weber, précité à la note 37, point 3, et Michel, V., précité à la note 36, point 42. Dans son arrêt du 30 avril 1996, Pays-Bas/Conseil (C-58/94, Rec. p. I-2169), affaire dans laquelle le Royaume des Pays-Bas avait notamment introduit un recours ayant également pour objet l'annulation de la décision 93/731/CE du Conseil, du 20 décembre 1993, relative à l'accès du public aux documents du Conseil (JO L 340, p. 43), la Cour s'est fondée sur la déclaration nº 17 relative au droit d'accès à l'information qui figure dans l'Acte final de la conférence des chefs de gouvernement des États membres en vertu duquel le traité sur l'Union européenne a été adopté.

43 — Michel, V., précité à la note 36, point 37.

44 — Thym, D., précité à la note 14, p. 222, renvoie également à d'autres opinions doctrinales. Si un acte juridique relevant de la coopération renforcée n'est pas valable dans un État membre, d'après cette théorie, cet État membre ne pourrait introduire un recours que si l'on a excédé le cadre juridique de la coopération renforcée du fait de l'adoption ultra vires de l'acte de droit secondaire ou si les compétences, les droits et les obligations des États membres qui ne participent pas à la coopération renforcée n'ont pas été respectés. On ne saurait retenir un tel point de vue, parce qu'il est contraire au libellé clair de l'article 230 CE.

aux frontières intérieures, mais pas que ce que l'on appelle la méthode communautaire en matière de justice et d'affaires intérieures s'applique à l'acquis de Schengen [45]. Selon l'article 1er du protocole Schengen, le Royaume de Danemark est un État Schengen, mais, en tant que lex specialis, l'article 3 dudit protocole régit sa situation particulière.

86. Un protocole particulier sur la situation du Royaume de Danemark est également annexé au traité d'Amsterdam. S'agissant de l'article 5 dudit protocole, l'acquis de Schengen est pour le Royaume de Danemark un élément de droit international public [46]. Cependant, en raison du principe d'intégrité, l'article 5, paragraphe 2, du protocole Schengen permet à d'autres États Schengen d'appliquer notamment l'exception de réciprocité (tu quoque) si le Royaume de Danemark décide de ne pas transposer une décision du Conseil au sujet d'une proposition ou d'une initiative fondées sur l'acquis de Schengen.

2. Les nouveaux États membres

87. Puisque le recours a été introduit avant l'entrée en vigueur du traité d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie, l'analyse se limite, conformément au principe tempus regit actum, à la seule adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque. Cependant, la situation de la République de Bulgarie et de la Roumanie est identique sur le fond à celle des États membres qui ont adhéré en 2004 [47].

88. L'article 8 du protocole Schengen définit de manière générale la situation des nouveaux États membres. Cet article dispose que, «[a]ux fins des négociations en vue de l'adhésion de nouveaux États membres à l'Union européenne, l'acquis de Schengen et les autres mesures prises par les institutions dans le champ d'application de celui-ci sont considérés comme un acquis qui doit être intégralement accepté par tous les États candidats à l'adhésion» [48].

45 — Ibidem, p. 103; Gautier, M., précité à la note 18, point 39. Les deux auteurs font observer que le Royaume de Danemark ne partage pas l'idée que le contenu de l'acquis de Schengen devienne un élément du droit communautaire en raison des particularités de ce droit. Ainsi, le Royaume de Danemark n'accepte pas la méthode supranationale du premier pilier, et la méthode intergouvernementale du troisième pilier lui correspond davantage.

46 — Jacqué, J.-P., précité à la note 21, p. 163.

47 — Gautier, M., précité à la note 18, point 36.

48 — Gautier, M., précité à la note 18, point 36. Autrement dit, les dix nouveaux États qui ont adhéré en 2004 participent à l'acquis de Schengen à compter du jour de leur adhésion, parce que celui-ci fait partie de l'acquis communautaire qu'ils ont dû accepter. Voir également article 3, paragraphe 1, de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (JO 2003, L 236, p. 33).

89. Les dispositions de l'acquis de Schengen qui ne sont pas visées à l'article 3, paragraphe 1, de l'acte sur les traités d'adhésion sont contraignantes pour les nouveaux États membres à compter de la date d'adhésion, mais ne s'appliquent qu'à la suite d'une décision du Conseil à cet effet, après qu'il a été vérifié, conformément aux procédures d'évaluation Schengen applicables en la matière, que les conditions nécessaires à l'application de toutes les parties concernées de l'acquis sont remplies dans ce nouvel État membre, et après consultation du Parlement européen [49]. Le droit primaire stipule ainsi que les nouveaux États membres deviendront des États Schengen lorsqu'ils rempliront les conditions posées par les procédures d'évaluation Schengen [50]. C'est pourquoi la situation des nouveaux États membres est, à dire vrai, qualifiée le mieux de période transitoire.

3. La République d'Islande et le Royaume de Norvège

90. La République d'Islande et le Royaume de Norvège composent avec le Royaume de Suède, la République de Finlande et le Royaume de Danemark l'Union nordique des passeports au sein de laquelle la surveillance aux frontières intérieures a été supprimée dès 1957 [51]. Or, le Royaume de Suède, la République de Finlande et le Royaume de Danemark sont également devenus des États Schengen avec la signature et l'entrée en vigueur de l'accord de Schengen.

91. Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'article 6 du protocole Schengen régit la situation de ces deux États; il permet la participation de la République d'Islande et du Royaume de Norvège à l'acquis de Schengen bien qu'aucun de ces deux États ne soit membre de l'Union européenne. De ce fait, l'article 6 dudit protocole est plutôt une disposition de droit international, qui régit le rapport entre l'Union et deux États tiers, qu'une disposition de droit communautaire ou de droit de l'Union européenne.

C — Situation du Royaume-Uni et de l'Irlande dans l'acquis de Schengen

92. Le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas à la politique de suppression de la

49 — En ce sens, article 3, paragraphe 2, premier alinéa, dudit Acte.

50 — Mariani, T., *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la politique européenne des visas* (documents E 2811, E 3023, E 3159 et E 3208), Paris, 2007, p. 20.

51 — Van Simaeys, B., et Carlier, J.-Y., précités à la note 24, p. 258. L'Union nordique des passeports assure le lien des États nordiques avec le franchissement sans passeports de frontières communes.

surveillance des personnes aux frontières intérieures et ne souhaitent pas être liés par le régime juridique des citoyens d'États tiers, adopté par la Communauté [52]. Ainsi, le protocole Schengen dispose que l'acquis de Schengen ne lie pas le Royaume-Uni et l'Irlande [53]. Mais, en vertu de l'article 4 du protocole Schengen, le Royaume-Uni et l'Irlande peuvent à tout moment demander de participer à tout ou partie des dispositions de l'acquis de Schengen.

93. Le protocole sur le titre IV permet au Royaume-Uni et à l'Irlande de ne pas participer («opt out») à des actes juridiques adoptés sur le fondement du titre IV du traité [54]. Les décisions adoptées sur le fondement du titre IV du traité ne sont pas contraignantes pour ces deux États [55].

94. Le Royaume-Uni et l'Irlande participent à ce qu'il convient d'appeler des mesures compensatoires de l'acquis de Schengen et à leur développement ultérieur [56]. La doctrine définit le point de vue du Royaume-Uni en ce sens qu'il s'oppose à la libre circulation totale des personnes sans surveillance de celles-ci aux frontières intérieures, mais souhaite participer à la partie répressive du régime juridique de libre circulation [57].

95. Le Conseil a tenu compte du souhait du Royaume-Uni et a adopté la décision 2000/365, en vertu de laquelle celui-ci participe à des éléments de l'acquis de Schengen. L'article 8, paragraphe 2, de cette décision dispose clairement que le Royaume-Uni est réputé avoir notifié irrévocablement au président du Conseil, conformément à l'article 5 du protocole Schengen, qu'il souhaite participer à toutes les propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen visé à l'article 1^er de la décision 2000/365 [58].

52 — Gautier, M., précité à la note 18, point 31, renvoie également au protocole portant sur l'application de certains aspects de l'article 14 du traité instituant la Communauté européenne, qui stipule pour le Royaume-Uni et l'Irlande que ces derniers peuvent maintenir la surveillance sur les personnes qui franchissent leurs frontières.

53 — Ibidem, points 30 à 32.

54 — Article 1^er du protocole sur le titre IV.

55 — Article 2 du protocole sur le titre IV. En vertu des dispositions du traité d'Amsterdam, le Royaume-Uni est ainsi en mesure de ne pas participer à l'acquis de Schengen, mais a aussi qualité pour ne pas participer («opt out») en ce qui concerne l'entier espace de liberté, de sécurité et de justice (Thym, D., précité à la note 14, p. 90).

56 — Thym, D., précité à la note 14, p. 82, explique que le contenu de l'acquis de Schengen ne se limite pas qu'à la suppression des frontières intérieures et à la gestion commune des frontières extérieures. Cet acquis inclut également des mesures adoptées en matière de coopération policière, de politique des visas, d'échange d'informations ainsi que dans le cadre du système d'information de Schengen (SIS) et du réseau Sirene, qui contiennent des données sur les ressortissants d'États tiers. Cependant, une autre partie de la doctrine explique que, dans certains domaines, les mesures adoptées constituent un phénomène plus étendu et qu'elles concernent l'Union dans son ensemble, donc qu'elles ne se rapportent pas au seul acquis de Schengen (Gautier, M., précité à la note 18, point 84, cite, par exemple, la lutte contre l'entrée illégale de ressortissants d'États tiers sur le territoire des États membres).

57 — Gautier, M., précité à la note 18, point 32.

58 — L'article 1^er de la décision 2000/365 vise les dispositions de l'acquis de Schengen qui s'appliquent au Royaume-Uni. Voir, également, décision 2004/926/CE du Conseil, du 22 décembre 2004, relative à la mise en œuvre de certaines parties de l'acquis de Schengen par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 395, p. 70).

D — *Le rapport entre les articles 4 et 5 du protocole Schengen*

96. Dans les deux affaires se pose la question de l'articulation entre les articles 4 et 5 du protocole Schengen, qui se rapportent tous deux à la situation du Royaume-Uni et de l'Irlande. L'article 5, paragraphe 1, comporte une espèce de ius variandi, c'est-à-dire le droit optionnel du Royaume-Uni et de l'Irlande en ce qui concerne de nouveaux actes juridiques de l'acquis de Schengen [59]. Par opposition à la reprise d'actes existants dans ce domaine, l'unanimité des autres États membres participants ou même l'accord de la Commission n'est pas nécessaire pour que le Royaume-Uni et/ou l'Irlande participe(nt) en vertu de l'article 5 du protocole Schengen. L'article 5, paragraphe 1, du protocole exige uniquement que le Royaume-Uni ou l'Irlande notifient par écrit leur souhait de participer aux propositions et aux initiatives fondées sur l'acquis de Schengen. Une fois la notification écrite effectuée, le Royaume-Uni et l'Irlande ont les mêmes droits et obligations que les États Schengen restants et peuvent participer à l'adoption d'actes. Cela signifie qu'ils peuvent, en définitive, retarder le processus par leur comportement, voire mettre fin à l'adoption de toute mesure Schengen [60].

97. La doctrine et la jurisprudence ne se sont pas encore forgé d'opinion sur la question de savoir si l'article 5 du protocole Schengen, qui prévoit un mécanisme de déclaration unilatérale de volonté, s'applique également aux actes juridiques qui développent l'acquis existant de Schengen que le Royaume-Uni et l'Irlande n'ont pas repris en vertu de l'article 4 dudit protocole. Les auteurs de la doctrine partent de la prémisse selon laquelle la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande au développement en vertu de l'article 5 du protocole Schengen doit être refusée sur la base d'une restriction logiquement systématique, si l'approfondissement de l'acquis de Schengen ne peut pas exister de manière autonome. Pareille situation existe si la mesure d'approfondissement ne peut pas être mise en œuvre sans l'application concomitante de mesures et d'actes qui ne s'appliquent pas à l'Irlande et au Royaume-Uni [61].

98. D'une part, il est soutenu dans la doctrine que le Royaume-Uni et/ou l'Irlande ne peuvent participer à de tels actes juridiques que si la procédure prévue à l'article 4 du protocole Schengen est préalablement mise en œuvre [62]. D'autre part, on fait cependant observer qu'il n'est pas certain que l'article 4 puisse s'appliquer à l'adoption d'actes portant approfondissement de l'acquis de Schengen, car, dans l'économie du protocole, il figure avant l'article 5 qui régit

59 — Thym, D., précité à la note 14, p. 96.

60 — Ibidem. L'auteur fait observer que, en raison du caractère spécial du protocole Schengen, stipulé par l'article 7 du protocole sur le titre IV, l'interdiction d'obstruction, qui vaut, certes, pour d'autres éléments de la coopération judiciaire dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ne s'applique pas à l'acquis de Schengen.

61 — Ibidem, p. 97. L'auteur renvoie également au point de vue qui tente de transposer à l'article 5 du protocole Schengen l'exigence posée par l'article 4 dudit protocole d'obtenir l'accord des États Schengen. Cela signifierait en définitive que les articles 4 et 5 ont des champs d'application distincts, conformément à la théorie de l'indépendance.

62 — Thym, D., précité à la note 14, p. 98.

la possibilité d'approfondissement [63]. La doctrine anglaise, notamment, souligne que la participation du Royaume-Uni à des mesures d'approfondissement n'exige pas l'unanimité des États Schengen [64] qui est caractéristique de l'article 4 du protocole Schengen.

99. Mais, dans le cadre d'une analyse détaillée, le champ d'application du ius variandi mis à la disposition du Royaume-Uni en vertu de l'article 5 du protocole Schengen est plus étroit que ce qu'il y paraît à première vue.

100. Il est évident que le Royaume-Uni et l'Irlande peuvent participer à l'approfondissement d'une mesure de l'acquis de Schengen auquel ils participent en vertu de l'article 4 du protocole Schengen.

101. Cependant, si le Royaume-Uni et/ou l'Irlande ne participent pas en vertu de l'article 4 au domaine objet de l'approfondissement, la situation est différente. Il n'est possible d'appliquer la procédure prévue à l'article 5 du protocole Schengen sans appliquer son article 4 que s'il s'agit d'un acte portant approfondissement de cet acquis pouvant s'appliquer de manière autonome. Le ius variandi est limité aux seules propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen qui peuvent s'appliquer de manière autonome [65]. Si le Royaume-Uni et/ou l'Irlande pouvaient, sur la seule base du mécanisme prévu à l'article 5 du protocole Schengen, adhérer à la coopération Schengen dans un domaine qui exige, à cet effet, l'application préalable de l'article 4 du protocole, l'effet utile de l'article 4 serait mis en échec [66]. Dans ses observations écrites, la Commission a signalé ce problème. Selon elle, cela signifierait qu'une partie de l'acquis de Schengen s'appliquerait au Royaume-Uni sans qu'il ait lui-même adhéré à cet acquis. En conséquence, la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'approfondissement d'un élément de l'acquis de Schengen est, en principe, subordonnée à la mise en œuvre préalable de la procédure prévue à l'article 4 du protocole Schengen [67]. La décision 2000/365 découle, elle aussi, d'une compréhension identique de l'articulation entre les articles 4 et 5 de ce protocole. Cette décision a été adoptée sur le fondement juridique de l'article 4 du protocole Schengen [68]. Seul l'article 8, paragraphe 2, de

63 — Schauer, M., *Schengen — Maastricht — Amsterdam, Auf dem Weg zu einer flexiblen Union*, Vienne, 2000, p. 215. L'auteur de cette étude part de la prémisse selon laquelle l'article 5 est une lex specialis par rapport à l'article 4 du protocole Schengen.

64 — Dougan, M., «Union Competences», dans Arnull, A., Dashwood, A., Dougan, M., Ross, M., Spaventa, E., et Wyatt, D., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5^e édition, Londres, 2006, p. 115. L'auteur traite la question de la situation du Royaume-Uni dans l'acquis de Schengen comme élément d'un nouveau principe organisationnel de flexibilité de l'Union. Il voit dans le protocole Schengen un phénomène de flexibilité primaire, parce qu'il s'agit d'une flexibilité régie par les traités constitutifs.

65 — Thym, D., précité à la note 14, p. 98.

66 — En ce qui concerne le principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités internationaux, la doctrine défend l'opinion selon laquelle ce principe est étroitement lié à une interprétation téléologique des traités internationaux (Stein, T., et von Buttlar, C., *Völkerrecht*, 11^e édition entièrement remaniée, Cologne, 2005, p. 28).

67 — Thym, D., précité à la note 14, p. 98. L'auteur fait remarquer qu'une déclaration unilatérale de volonté selon une libre appréciation de la participation, prévue à l'article 5 du protocole Schengen, n'aura donc pas une grande importance pour l'approfondissement de mesures ou de domaines qui ne peuvent pas s'appliquer de manière autonome.

68 — Le texte qui fixe le fondement juridique de la décision 2000/365 est le suivant: «vu l'article 4 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, [...]».

la décision 2000/365 comporte des dispositions régissant la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 5 du protocole Schengen. Cela signifie alors que seul l'article 4 du protocole Schengen est le fondement juridique de la disposition portant application du mécanisme prévu à l'article 5 dudit protocole. Or, cela est clairement révélateur d'une pratique consistant à mettre en œuvre la procédure prévue à l'article 4 avant celle de l'article 5 du protocole Schengen.

102. Il convient ensuite de déterminer si le règlement n° 2252/2004 signifie une mesure fondée sur l'acquis de Schengen qui peut s'appliquer de manière autonome. Comme je l'ai mentionné, la suppression aux frontières intérieures de la surveillance des personnes est un élément essentiel de l'acquis de Schengen. Or, la suppression des frontières intérieures est nécessairement liée à l'uniformisation de la surveillance aux frontières extérieures [69]. En conséquence, la surveillance aux frontières extérieures relève, elle aussi, de l'acquis de Schengen [70].

103. L'article 1er, paragraphe 3, du règlement n° 2252/2004 dispose que «[l]e [...] règlement s'applique aux passeports et aux documents de voyage délivrés par les États membres». Historiquement, le régime juridique des passeports et des documents de voyage était en premier lieu destiné au contrôle de ses propres ressortissants lors de déplacements à l'étranger. Mais, en second lieu, il est aujourd'hui encore un moyen de surveiller l'entrée des étrangers dans un pays [71]. Le passeport est un instrument reconnu en droit international qui, d'après la doctrine, est nécessaire pour mettre en œuvre une circulation interétatique et sans entraves des personnes [72]. En raison du régime particulier de l'acquis de Schengen, dans lequel il n'y a plus de surveillance des personnes aux frontières intérieures, les personnes franchissent les frontières extérieures des États Schengen, ce qui donne lieu à un contrôle des passeports [73].

104. Bien que le règlement n° 2252/2004 ne régisse que les normes de sécurité minimales, figurent également parmi celles-ci, selon

69 — Opermann, T., *Europarecht*, Munich, 2005, p. 504.

70 — En 2006 a été adopté le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) (JO L 105, p. 1). Le vingt-septième considérant de ce règlement indique clairement que «le [...] règlement constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auxquelles le Royaume-Uni ne participe pas, conformément à la décision 2000/365 [...]. Par conséquent, le Royaume-Uni ne participe pas à son adoption et n'est pas lié par son application ni soumis à celui-ci». L'article 1er de ce règlement comprend comme objet équivalent et principes l'absence de contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières intérieures entre les États membres de l'Union européenne, et ensuite les règles applicables au contrôle aux frontières des personnes franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

71 — Graßhof, M., «Melderecht, Reisepassrecht, Namensrecht, Staatsangehörigkeits- und Einbürgerungsrecht», dans Bergmann, J., et Kenntner, M. (éd.), *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Stuttgart, 2002, p. 301, 307 et 310, allègue que les passeports et les documents de voyage sont un moyen de contrôler l'identité et la nationalité de leurs titulaires.

72 — Ibidem, p. 309.

73 — Opermann, T., précité à la note 69, p. 505; Harms, K., «Ausländerrecht», dans Bergmann et Kenntner, *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, p. 166, renvoie à l'article 61, sous a), CE, qui dispose que le Conseil arrête, «dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, des mesures visant à assurer la libre circulation des personnes [...] en liaison avec des mesures d'accompagnement directement liées à cette libre circulation et concernant les contrôles aux frontières extérieures, l'asile et l'immigration».

l'article 1er, paragraphe 2, dudit règlement, les éléments du contrôle qui sont mis en œuvre lors du franchissement d'une frontière extérieure, comme la photo faciale et les empreintes digitales. Ces éléments de contrôle permettent de situer précisément ce règlement. Le contrôle de ces éléments — surtout de la photo faciale — est une partie nécessaire de la surveillance des personnes lors du franchissement des frontières extérieures de l'espace Schengen. Autrement dit, ces éléments de contrôle comme la photo faciale s'appliquent lors du contrôle de personnes lorsqu'elles franchissent une frontière. En conséquence, le règlement nº 2252/2004 ne peut pas s'appliquer de manière autonome.

105. D'après la définition, présentée au point 97 ci-dessus, cela signifie que le règlement nº 2252/2004 ne peut pas s'appliquer sans la mise en œuvre concomitante d'autres actes juridiques de l'acquis de Schengen [74]. Or, cela démontre en l'espèce que la théorie de la subordination de l'article 5 par rapport à l'article 4 du protocole Schengen, que défendent surtout le Conseil et la Commission, est une interprétation correcte du protocole Schengen.

74 — Pour un exemple de détermination de l'acquis de Schengen auquel appartient le règlement nº 2252/2004, nous pouvons citer l'article 1er, sous A, de la décision 1999/437. Cet article dispose que font partie de l'acquis de Schengen les prescriptions qui régissent «[l]e franchissement par des personnes des frontières extérieures des États qui ont décidé de supprimer les contrôles à leurs frontières intérieures, y compris les normes et modalités auxquelles doivent se conformer les États concernés pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures, la surveillance des zones frontalières et la coopération entre les services compétents dans le domaine des contrôles frontaliers».

106. La référence aux déclarations nos 45 et 46 annexées au traité d'Amsterdam ne limite pas non plus une telle conclusion. La déclaration nº 45 se réfère expressément à la procédure de l'article 4 et non à celle de l'article 5 du protocole Schengen.

107. Selon moi, il ressort de la déclaration nº 46 annexée au traité d'Amsterdam que l'action des États Schengen en rapport avec l'approfondissement de l'acquis de Schengen est subordonnée à la procédure prévue à l'article 4 du protocole Schengen. On ne saurait interpréter cette déclaration comme étant susceptible de menacer le principe d'intégrité de l'acquis de Schengen.

E — *Le principe d'intégrité*

108. Le deuxième considérant de la décision 2000/365, relatif à la situation du Royaume-Uni, souligne l'importance du principe d'intégrité de l'acquis de Schengen: «l'acquis de Schengen forme, dans sa conception et par son fonctionnement, un ensemble cohérent qui doit être intégralement accepté et appliqué par tous ceux des États qui approuvent le principe de la suppression du

contrôle des personnes à leurs frontières communes» [75].

109. Ce principe figure également à l'article 8 du protocole Schengen, qui dispose que les États candidats doivent intégralement accepter l'acquis de Schengen.

110. Le principe d'intégrité de l'acquis de Schengen est la concrétisation du principe juridique général «qui habet commoda ferre debet onera et contra», que connaît également le droit international public. Dans le cadre du premier pilier en ce qui concerne ce principe juridique, la doctrine [76] renvoie surtout à l'arrêt de la Cour Commission/Italie (39/72) [77], dans lequel elle a estimé que l'«on ne saurait [...] admettre qu'un État membre applique de manière incomplète ou sélective les dispositions d'un règlement de la Communauté, de manière à faire échec à certains éléments de la législation communautaire à l'égard desquels il aurait manifesté son opposition ou qu'il estimerait contraires à certains intérêts nationaux. Le fait, pour un État, de rompre unilatéralement, selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté met en cause l'égalité des États membres devant le droit communautaire et crée des discriminations à charge de leurs ressortissants [...]». Une telle explication peut s'appliquer sans difficulté à l'acquis de Schengen.

111. Le principe d'intégrité de l'acquis de Schengen préserve non seulement l'équilibre entre les États Schengen en ce qui concerne le développement et l'application de l'acquis de Schengen, mais aussi l'ensemble de l'acquis de Schengen [78]. Ce principe est l'expression de l'intérêt général des États Schengen à préserver l'ensemble de l'acquis de Schengen.

112. La participation à un élément de l'acquis de Schengen en conformité avec le principe d'intégrité exige que l'État membre qui participe à une mesure de cet acquis reprenne les avantages et les charges qui découlent de la participation à cet élément. De ce fait, le principe d'intégrité ne permet pas de choisir librement de participer, selon l'article 5 du protocole Schengen, à un acte fondé sur l'acquis de Schengen s'il est impossible d'appliquer cet acte de manière autonome. L'explication développée ci-des-

75 — De la même façon, le deuxième considérant de la décision 2002/192 dispose lui aussi que «[l]'acquis de Schengen forme, dans sa conception et par son fonctionnement, un ensemble cohérent qui doit être intégralement accepté et appliqué par tous ceux des États qui approuvent le principe de la suppression du contrôle des personnes à leurs frontières communes».

76 — Kolb, R., «La maxime qui habet commoda, ferre debet onera et contra (celui qui jouit des avantages doit supporter aussi les charges et vice versa) en droit international public», *Revue belge de droit international*, 2004, p. 12, spécialement p. 23.

77 — Arrêt du 7 février 1973 (Rec. p. 101, points 20 et 24).

78 — de Kerchove d'Ousselghem, G., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures», dans Lejeune, Y. (éd.), *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruxelles, 1999, p. 290. L'auteur fait observer que la recherche d'une plus grande cohérence de la coopération Schengen a été la raison première d'intégrer l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne.

sus des points 97 à 102 démontre cependant que le règlement nº 2252/2004 ne peut pas s'appliquer de manière autonome. Les normes minimales communes et les exigences techniques qui régissent mécaniquement la lisibilité des passeports seraient l'avantage qu'impliquerait en l'espèce la participation du Royaume-Uni au règlement nº 2252/2004. Mais constitue une charge la participation à une partie de l'acquis de Schengen dont l'approfondissement est le règlement nº 2252/2004.

F — *L'action prétendument contradictoire du Conseil pour déterminer s'il s'agit d'une mesure fondée sur l'acquis de Schengen*

113. Dans ses observations écrites et à l'audience, le Royaume-Uni a expressément relevé que, dans certains cas, le Conseil l'avait autorisé à participer à des mesures fondées sur l'acquis de Schengen. Ce faisant, le Royaume-Uni se prévaut, entre autres, de la directive 2001/51, de la décision 2002/463/CE du Conseil, du 13 juin 2002, portant adoption d'un programme d'action concernant la coopération administrative dans les domaines des frontières extérieures, des visas, de l'asile et de l'immigration (programme ARGO) [79], du règlement nº 377/2004 et de la décision 2005/267, et fait observer que la notion de «mesure fondée sur l'acquis de Schengen» est trop large et vague.

79 — JO L 161, p. 11.

114. Lorsque le Conseil détermine s'il s'agit d'une mesure fondée sur l'acquis de Schengen, il applique un test en deux étapes. Dans un premier temps, il examine s'il s'agit d'une mesure ordinaire fondée sur le titre IV ou d'une mesure qui relève de l'acquis de Schengen [80]. Dans un second temps, il examine s'il s'agit d'une affaire qui est essentielle à la libre circulation des personnes dans un espace où la surveillance des personnes est supprimée aux frontières intérieures. On peut comparer cet examen en deux étapes à celui qui consiste à rechercher dans le cadre du premier pilier la base juridique correcte d'un acte d'une institution. Il ressort de la jurisprudence que, «dans le cadre du système de compétences de la Communauté, le choix de la base juridique d'un acte doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel. Parmi de tels éléments figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte» [81].

115. Cet examen en deux étapes effectué par le Conseil permet à la Cour d'examiner, sur la base d'éléments objectifs, s'il s'agit d'une mesure fondée sur l'acquis de Schengen. Parmi les éléments objectifs de l'examen figurent notamment l'examen du point de

80 — Dans la doctrine est défendue l'opinion selon laquelle les actes qui modifient l'acquis existant de Schengen sont incontestablement un élément de développement de l'acquis de Schengen. Par contre, s'il s'agit de mesures qui ne modifient pas l'acquis existant de Schengen, la situation peut être différente (Bracke, N., «Flexibility, Justice Cooperation and the Treaty of Amsterdam», dans Marinho, C., *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam*, Maastricht, 2001, p. 65).

81 — Arrêts du 4 avril 2000, Commission/Conseil (C-269/97, Rec. p. I-2257, point 43); du 30 janvier 2001, Espagne/Conseil (C-36/98, Rec. p. I-779, point 58), et du 6 décembre 2005, ABNA e.a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, Rec. p. I-10423, point 54).

savoir si, ratione materiae, il s'agit même d'une mesure relevant de l'acquis de Schengen, et, ensuite, celui de savoir s'il s'agit d'une affaire qui est essentielle à la libre circulation des personnes dans un espace dans lequel les frontières intérieures sont supprimées.

116. Il résulte d'une jurisprudence constante «que le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les moyens mis en œuvre par une disposition communautaire soient aptes à réaliser l'objectif visé et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre» [82]. «S'agissant du contrôle juridictionnel des conditions mentionnées [...], il y a lieu de rappeler qu'il convient de reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans un domaine tel que celui de l'espèce, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale, et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Par conséquent, seul le caractère manifestement disproportionné d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure» [83].

117. L'examen en deux étapes auquel procède le Conseil n'est pas manifestement disproportionné, car il est approprié pour réaliser l'objectif poursuivi, à savoir déterminer si un acte proposé est une mesure fondée sur l'acquis de Schengen. En conséquence, les allégations selon lesquelles la notion d'acquis de Schengen est trop vague ne sont pas fondées.

118. Le règlement n° 377/2004 régit la création d'un réseau d'officiers de liaison «Immigration». D'après le dixième considérant de ce règlement, «[l]e Royaume-Uni participe au [...] règlement, conformément à l'article 5 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne et à l'article 8, paragraphe 2, de la décision 2000/365/CE». Or, l'article 8, paragraphe 2, de la décision 2000/365 montre que le Royaume-Uni participe à ce domaine de l'acquis de Schengen et crée la présomption [84] qu'il a procédé à la notification en vertu de l'article 5, paragraphe 1, du protocole Schengen. D'après le douzième considérant de la décision 2005/267, qui établit un réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour l'échange d'informations sur les flux migratoires illégaux, l'entrée et l'immigration clandestines et le retour de personnes en séjour irrégulier, la procédure prévue à l'article 5, paragraphe 1, du protocole Schengen a été appliquée. Il relève que l'article 8, paragraphe 2, de la décision 2000/365 a été appliqué pour autant que les

82 — Arrêt ABNA e.a., précité à la note 81, point 68.

83 — Ibidem, point 69.

84 — Le texte énonce vraisemblablement que «[l]e Royaume-Uni est réputé avoir notifié irrévocablement au président du Conseil, conformément à l'article 5 du protocole Schengen, qu'il souhaite participer à toutes les propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen visé à l'article 1er».

mesures de la décision 2005/267 développent les dispositions de l'acquis de Schengen visant à lutter contre l'organisation de l'immigration illégale auxquelles le Royaume-Uni participe [85]. En conséquence, c'est à juste titre que l'on a appliqué l'article 5 du protocole Schengen à ces deux actes juridiques adoptés en vertu de pouvoirs ayant pour base juridique l'article 4 dudit protocole.

119. La directive 2001/51 complète les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen en ce qui concerne les obligations des transporteurs qui acheminent des ressortissants étrangers sur le territoire des États membres. Cette directive est un exemple de mesure adoptée sur le fondement du titre IV à laquelle le Royaume-Uni participe en vertu de l'article 1^er de la décision 2000/365. Le septième considérant de cette directive précise que, «[c]onformément à l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Royaume-Uni a notifié [...] son souhait de participer à l'adoption et à l'application de la présente directive». Cependant, d'après le dixième considérant de cette directive, celle-ci constitue pour la République d'Islande et le Royaume de Norvège un développement de l'acquis de Schengen [86]. Cette directive est alors un approfondissement de l'acquis de Schengen, et non une mesure ordinaire fondée sur le titre IV. En conséquence, l'application du protocole sur le titre IV aurait pu être erronée.

120. La directive 2001/40 régit la question de la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants d'États tiers, c'est-à-dire de reconnaissance d'une décision d'éloignement que délivre l'organe compétent de l'un des États membres à l'encontre d'un ressortissant d'un État tiers qui séjourne sur le territoire d'un autre État membre. Le sixième considérant de cette directive précise que le Royaume-Uni a, en conformité avec l'article 3 du protocole sur le titre IV, notifié son souhait de participer à l'adoption et à l'application de ladite directive. La doctrine fait observer que l'application à cette directive de l'article 3 du protocole sur le titre IV est erronée, parce qu'elle constitue manifestement une mesure fondée sur l'acquis de Schengen. Toutefois, elle fait remarquer dans le même temps que cette directive constitue une mesure fondée sur l'acquis de Schengen qui peut s'appliquer de manière autonome, et qu'elle constitue un cas typique d'application de l'article 5 du protocole Schengen [87].

121. La décision 2004/573 coordonne les opérations communes d'éloignement par

85 — Il convient de noter que ce considérant rappelle également que l'article 3 du protocole sur le titre IV a été appliqué, car il s'agit d'une mesure relevant du titre IV du traité CE.

86 — Thym, D., précité à la note 14, p. 98, fait observer que, s'agissant de tels actes juridiques, il est établi par les considérants relatifs au Royaume de Norvège et à la République d'Islande qu'il s'agit d'un développement de l'acquis de Schengen. On peut dès lors s'interroger sur les raisons pour lesquelles il est fait référence au protocole sur le titre IV.

87 — Thym, D., précité à la note 14, p. 98.

voie aérienne, à partir de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement. D'après les onzième et douzième considérants de cette décision, il s'agit d'une mesure qui développe l'acquis de Schengen. Cependant, le quatrième considérant de cette décision indique clairement la nécessité d'éviter l'inaction de la Communauté dans le cadre de l'organisation de vols communs. L'idée d'inaction signifie que cette décision peut s'appliquer de manière autonome. Dès lors, la décision 2004/573 est, elle aussi, une mesure fondée sur l'acquis de Schengen qui peut s'appliquer de manière autonome. Cela signifie que le Royaume-Uni peut y adhérer en vertu de l'article 5 du protocole Schengen.

122. La décision 2002/463 (programme ARGO) vise à promouvoir la coopération des autorités administratives et judiciaires des États membres et une application uniforme du droit communautaire dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice; elle vise à améliorer l'efficacité globale des services nationaux dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils mettent en œuvre les réglementations communautaires, à encourager la transparence des actions des services nationaux en renforçant les relations entre ces derniers et les organisations compétentes, gouvernementales et non gouvernementales, nationales et internationales. De même, il est établi au douzième considérant de la décision 2002/463 que, conformément à l'article 3 du protocole sur le titre IV, le Royaume-Uni notifie «son souhait de prendre part à l'adoption et à l'application de la [...] décision». En définissant les liens entre la décision 2002/463 et la suppression de la surveillance aux frontières intérieures, le Conseil a estimé qu'elle ne constituait pas un acte fondé sur l'acquis de Schengen. Si nous analysons les objectifs énoncés par l'article 3, les actions décrites au chapitre II et, surtout, la série d'actions menées en vertu de l'article 8 de la décision 2002/463 [88], nous pouvons constater qu'ils ne sont pas essentiels à la libre circulation des personnes. Il s'agit en réalité d'un acte juridique ordinaire prévu par le titre IV CE. Partant, la décision du Conseil de ne pas la considérer comme une mesure fondée sur l'acquis de Schengen est correcte.

123. Le règlement nº 334/2002 [89] établit un modèle type de visa. Il s'agit d'une mesure adoptée sur le fondement du titre IV du traité CE et de la décision 2000/365 en faveur d'un élément de l'acquis de Schengen auquel le Royaume-Uni ne participe pas. Le Conseil explique que ce règlement portait modification du règlement (CE) nº 1683/95 [90], qui avait été adopté comme acte relevant du premier pilier dès avant l'entrée en vigueur

88 — L'article 8 de la décision 2002/463 organise comme types d'actions des actions de formation, des échanges d'agents, des actions favorisant le traitement informatisé des dossiers et procédures, y compris l'utilisation des techniques les plus modernes d'échange électronique de données, une évaluation des effets des règles et des procédures communes fondées sur les articles 62 CE et 63 CE, des actions destinées à promouvoir le développement des meilleures pratiques en vue d'améliorer les méthodes de travail et l'équipement, de simplifier les procédures et de raccourcir les délais, des actions opérationnelles pouvant comprendre la création de centres opérationnels communs et d'équipes, des études, des travaux de recherche, des conférences et des séminaires auxquels participent des agents des États membres et de la Commission et, au besoin, des agents des organisations compétentes, gouvernementales et non gouvernementales, nationales et internationales, des activités des États membres dans les pays tiers, notamment des missions d'information dans les pays d'origine et de transit, et la lutte contre la fraude documentaire

89 — Précité à la note 10.

90 — Règlement du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa (JO L 164, p. 1).

du traité d'Amsterdam, sur le fondement de l'article 100 C, paragraphe 3, du traité CEE de l'époque. Le Conseil y voit des circonstances particulières qui ont permis au Royaume-Uni de participer à l'adoption du règlement nº 334/2002. En réalité, on comprend prima facie difficilement comment le Conseil a vu, lors de l'adoption de ce règlement, des circonstances particulières du fait de la participation du Royaume-Uni à l'adoption du règlement nº 1683/95, mais qu'il n'a pas vu de circonstances semblables lors de l'adoption du règlement nº 2252/2004. Des modèles types de visas et de normes pour les éléments de sécurité intégrés dans les passeports et les documents de voyage sont deux domaines similaires qui sont, sur le fond, essentiellement liés à la surveillance aux frontières extérieures. Un modèle type de visa régit la surveillance des ressortissants d'États tiers lorsqu'ils franchissent la frontière extérieure. Les normes techniques minimales pour les passeports et les documents de voyage concernent exclusivement les ressortissants des États Schengen, du Royaume de Norvège, de la République d'Islande et de la Confédération suisse. Un modèle type de visa et de normes techniques pour les passeports et les documents de voyage a le même objectif, à savoir la surveillance aux frontières extérieures. J'estime, par conséquent, que le Conseil a traité de manière différente deux situations identiques.

124. Il convient de souligner que, si la pratique du Conseil qui a permis au Royaume-Uni de participer à l'adoption d'actes particuliers en vertu du titre IV du traité CE ou de l'acquis de Schengen était correcte, elle n'aurait, en droit, aucune valeur de précédent et ne pourrait pas fonder le droit du Royaume-Uni à l'application de l'article 5 du protocole Schengen. Selon une jurisprudence constante, «une pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité CE et ne peut dès lors créer un précédent liant les institutions de la Communauté quant à la base juridique correcte» [91].

G — Le traitement prétendument inégal des ressortissants irlandais et britanniques aux frontières extérieures

125. Le fait que le Royaume-Uni et l'Irlande ne soient pas obligés de délivrer des passeports conformément aux normes techniques minimales ne signifie pas que leurs ressortissants soient victimes d'une discrimination en raison d'une éventuelle différence de traitement dont ils feraient l'objet aux frontières extérieures. L'obligation des États Schengen de délivrer des passeports conformément à des normes techniques minimales résulte de leur participation à l'acquis de Schengen auquel le Royaume-Uni ne participe pas. Le Royaume-Uni n'est donc pas

91 — Arrêt du 28 novembre 2006, Parlement/Conseil (C-414/04, Rec. p. I-11279, point 37). Dans cet arrêt, la Cour a annulé le règlement (CE) nº 1223/2004 du Conseil, du 28 juin 2004, modifiant le règlement (CE) nº 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la date d'application de certaines dispositions à la Slovénie (JO L 233, p. 3).

dans une situation identique aux autres États Schengen, au Royaume de Norvège, à la République d'Islande et à la Confédération suisse. En conséquence, le fait que, du point de vue des éléments de sécurité, les passeports britanniques et irlandais soient peut-être différents des passeports délivrés par les États Schengen n'implique pas une discrimination des titulaires de passeports britanniques et irlandais [92].

126. Je souhaiterais faire à nouveau observer que le règlement n° 2252/2004 pourrait être problématique du point de vue des droits fondamentaux — notamment du point de vue de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [93] et de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [94], ce à quoi renvoie surtout la science juridique allemande [95]. Mais le Royaume-Uni n'a pas attaqué ce règlement pour violation du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel.

127. Il convient de constater que, sur la base des considérations qui précèdent, le recours du Royaume-Uni n'est pas fondé.

H — *Sur les dépens*

128. Conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la

92 — Dans sa duplique dans l'affaire C-137/05, le Conseil a souligné spécialement que, lors du franchissement de la frontière extérieure, le contrôle de l'identité de ressortissants d'États membres était effectué sur la base des documents de voyage produits, de sorte que le contrôle des ressortissants d'Irlande et du Royaume-Uni sera effectué de la même manière que dans le cas de ressortissants d'autres États membres, bien que les documents irlandais et britanniques ne contiennent pas d'éléments de sécurité identiques.

93 — Cet article régit le «droit au respect de sa vie privée et familiale» et dispose: «1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

94 — Aux termes de l'article 8, paragraphe 1, de cette charte: «Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.»

95 — Roßnagel, A., et Hornung, G., «Reisepässe mit elektronischem Gesichtsbild und Fingerabdruck: die EG-Verordnung 2252/2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten», *Die öffentliche Verwaltung*, 58 (2005), p. 883, spécialement p. 896 et 897. Je souhaiterais ici faire à nouveau observer que, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Leander c. Suède (arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116, § 48), la doctrine estime que la mémorisation et la communication de données à caractère personnel portent atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8e édition refondue et augmentée, Paris, 2006, p. 439).

Cour, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. Le Conseil a conclu à la condamnation du Royaume-Uni aux dépens et, comme ce dernier a succombé dans ses conclusions, il est condamné aux dépens.

129. L'article 69, paragraphe 4, du règlement de procédure de la Cour dispose que les États membres et les institutions qui sont intervenus au litige supportent leurs propres dépens.

VI — Conclusion

130. Sur la base des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de dire pour droit:

«1) Le recours est rejeté.

2) Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord est condamné aux dépens.

3) Les parties intervenantes supportent leurs propres dépens.»