



UNIVERSITÉ
DE NAMUR

Institutional Repository - Research Portal Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche

researchportal.unamur.be

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelques réflexions sur les relations entre les procédures a priori et a posteriori d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l' 'accord PNR

Adam, Stanislas

Published in:
Cahiers de droit européen

Publication date:
2007

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Adam, S 2007, 'Quelques réflexions sur les relations entre les procédures a priori et a posteriori d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l' 'accord PNR', *Cahiers de droit européen*, Numéro 5-6, p. 657-696.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**QUELQUES RÉFLEXIONS
SUR LES RELATIONS
ENTRE LES PROCÉDURES
A PRIORI ET A POSTERIORI
D'EXAMEN DE COMPATIBILITÉ
DES ACCORDS COMMUNAUTAIRES
SUITE À L'AFFAIRE
DITE DE L'«ACCORD PNR»**

PAR

Stanislas ADAM

*Aspirant du Fonds de la recherche scientifique – Flandre (F.W.O.) –
Institut européen de l'Université de Gand*

SOMMAIRE

	Pages
I. — L'absence de caractère suspensif lié à l'introduction d'une demande d'avis préalable de compatibilité : discutée ou indiscutable?	659
A. — DEUX PRÉCÉDENTS ET LA CONFIRMATION DU CARACTÈRE RÉEL DES PROBLÈMES LIÉS À L'ABSENCE DE CARACTÈRE SUSPENSIF D'UNE DEMANDE D'AVIS PRÉVENTIVE.	660
1. <i>L'avis 3/94 : une occasion manquée?</i>	660
2. <i>L'avis 1/04 : étouffé dans l'œuf.</i>	663
B. — QUELQUES REMARQUES SUR L'ABSENCE DE CARACTÈRE SUSPENSIF LIÉ À L'INTRODUCTION D'UNE DEMANDE D'AVIS PRÉVENTIVE	668
1. <i>Des difficultés confirmées.</i>	668
2. <i>Des tentatives de solutions uniformes.</i>	674
3. <i>Les complications engendrées par une ligne de jurisprudence décontextualisée</i>	675
4. <i>De lege ferenda : vers un mécanisme de sanction approprié?</i>	678
4.1. <i>Une acception particulière du caractère suspensif de la demande d'avis.</i>	678
4.2. <i>Des mécanismes de sanction alternatifs.</i>	679
4.3. <i>Un mécanisme de compensation : corollaire indispensable à la bonne marche des relations extérieures de la Communauté?</i>	683

II. — La limitation des effets d'un arrêt de la Cour prononçant l'annulation d'un acte portant conclusion d'un accord international de la Communauté.....	685
A. — LES OPPORTUNITÉS PROCÉDURALES OFFERTES PAR L'ACCORD «PNR» ET LA DÉCISION D'ADÉQUATION.....	685
B. — LES ENSEIGNEMENTS DE L'ARRÊT DE LA COUR DU 30 MAI 2006	686
1. <i>Vers un apaisement de la controverse relative aux effets passés des arrêts d'annulation d'un acte conclusif d'accord communautaire?</i>	686
2. <i>Les conséquences de la limitation des effets ratione temporis de l'annulation d'une décision conclusive sur les actes d'exécution et les accords similaires</i>	692
III. — Un droit à (ré)inventer?.....	696

Aux confins des droits international et européen, la compétence de la Cour de justice à l'égard des engagements internationaux de la Communauté a rapidement éveillé les passions. Dès son premier avis, en 1975 (1), la Cour de justice a admis que l'existence d'une procédure préventive (*a priori*), permettant d'évaluer la compatibilité au Traité CE d'un accord envisagé (2), n'empêchait pas que ce dernier, une fois conclu, puisse faire l'objet d'un recours contentieux (*a posteriori*) – certes selon des modalités à définir. Il faut toutefois attendre les années quatre-vingt (3) et surtout les années quatre-vingt-dix (4) pour

(1) CJCE, avis 1/75, *Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE)*, 11 novembre 1975, *Rec.* 1975, p. 1361.

(2) Qu'il s'agisse de questions de compétence ou de compatibilité avec les règles de fond du Traité CE.

(3) CJCE, aff. C-165/87, 27 septembre 1988, *Commission c. Conseil*, *Rec.* 1988, p. 5445.

(4) CJCE, aff. C-241/87, 10 mai 1990, *Maclaine Watson*, *Rec.* 1990, p. I-1797; CJCE, aff. C-327/91, 9 août 1994, *France c. Commission*, *Rec.* 1990, p. I-3641; CJCE, aff. C-360/93, 7 mars 1996, *Parlement c. Conseil*, *Rec.* 1996, p. I-1195; CJCE, aff. C-25/94, 19 mars 1996, *Commission c. Conseil*, *Rec.* 1996, p. I-1469; CJCE, aff. C-268/94, 3 décembre 1996, *Portugal c. Conseil*, *Rec.* 1996, p. I-6180; CJCE, aff. C-122/95, 10 mars 1998, *Allemagne c. Conseil*, *Rec.* 1998, p. I-973; CJCE, aff. C-189/97, 8 juillet 1999, *Parlement européen c. Conseil*, *Rec.* 1999, p. 4741; CJCE, aff. C-149/96, 23 nov. 1999, *Portugal c. Conseil*, *Rec.* 1999, p. I-8395; CJCE, aff. C-36/98, 30 janvier 2001, *Espagne c. Conseil*, *Rec.* 2001, p. I-779. Pour un aperçu de cette évolution, voy. not. P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Thèse, Paris, LGDJ, t. 112, 2000, spéc. pp. 246 et s.; C. KADDOUS, «L'arrêt *France c. Commission* de 1994 (accord concurrence) et le contrôle de la 'légalité' des accords externes en vertu de l'art. 173 CE : la difficile réconciliation de l'orthodoxie communautaire avec l'orthodoxie internationale», *Cah. dr. eur.*, 1996, spéc. pp. 624 et s.; J. CHARPENTIER, «Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclus par la Communauté», *Rev. du Marché Commun*, 1997, pp. 409-419. Plus récemment, voy.

que cette faculté trouve un écho jurisprudentiel. Si la coexistence des deux procédures n'est aujourd'hui plus contestée, d'importantes questions apparaissent sous l'effet de la pratique. Les récents débats judiciaires qui ont animé l'affaire dite de «l'accord PNR» (5) n'ont pas manqué de mettre en relief les difficultés que leur articulation est susceptible d'engendrer. Celles-ci sont, pour l'essentiel, de deux ordres : le caractère suspensif lié à l'introduction d'une demande d'avis sur la base de l'article 300 §6 du Traité CE (I) et la limitation des effets des arrêts d'annulation prononcés par la Cour dans le domaine des accords externes (II).

**I. — L'absence de caractère suspensif
lié à l'introduction d'une demande d'avis
préalable de compatibilité : discutée ou indiscutable?**

L'hypothèse est assez simple. La conclusion d'un accord avec un Etat tiers, un groupe d'Etats tiers ou une organisation internationale est envisagée. Le Conseil, la Commission, le Parlement, voire un Etat membre sollicite de la Cour qu'elle se prononce, par voie d'avis, sur la compatibilité du projet au droit communautaire primaire. L'accord est néanmoins conclu avant que la Cour n'ait eu l'occasion de s'exprimer. Un tel procédé porte incontestablement atteinte à l'objectif de prévention que poursuit la procédure de l'article 300 §6 (ex-art. 228 §6) du Traité CE (ci-après, l'article 300 §6), à savoir – pour emprunter à la Cour de justice son expression habituelle – éviter les «difficultés sérieuses» que ne manquerait pas d'engendrer, tant en droit communautaire qu'en droit international, un contrôle contentieux sur l'accord. Le rappel des deux précédents de ce cas de figure (A) introduit quelques réflexions plus générales sur le caractère suspensif des demandes d'avis (B).

CJCE, aff. C-211/01, 11 septembre 2003, *Commission c. Conseil*, Rec. 2003, p. I-8913; CJCE, aff. C-281/01, 12 décembre 2002, *Commission c. Conseil*, Rec. 2002, p. I-12049; CJCE, aff. C-233/02, 23 mars 2004, *France c. Commission*, Rec. 2004, p. I-2759; CJCE, aff. jtes. C-317 et 318/04, 30 mai 2006, *Parlement c. Conseil et c. Commission*, Rec. 2006, p. I-4721.

(5) CJCE, aff. jtes. C-317 et 318/04, précitées. Ces affaires innovent également par cela que la Cour a, pour la première fois, admis l'intervention à la cause du contrôleur européen de la protection des données, et ce par deux ordonnances du 17 mars 2005 (sur cette question, voy. A. VAN BOSSUYT, «Hof van Justitie schrappt akkoord met VS over uitwisseling passagiersgegevens», *De Juristenkrant*, 2006, n° 132, p. 7).

A. — DEUX PRÉCÉDENTS ET LA CONFIRMATION
DU CARACTÈRE RÉEL DES PROBLÈMES
LIÉS À L'ABSENCE DE CARACTÈRE SUSPENSIF
D'UNE DEMANDE D'AVIS PRÉVENTIVE

1. — *L'avis 3/94 : une occasion manquée?*

La situation qui vient d'être décrite n'est ni hypothétique, ni véritablement neuve. Elle s'est présentée pour la première fois dans le cadre de l'avis de la Cour de justice 3/94, du 13 décembre 1995 (6). L'affaire concernait l'accord-cadre sur les bananes entre la Communauté européenne et la Colombie, le Costa Rica, le Nicaragua ainsi que le Venezuela. Ce projet s'inscrivait plus spécifiquement dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round, qui devaient donner lieu aux accords de Marrakech (OMC). Ces derniers furent signés par le Conseil le 15 avril 1994. Le 26 octobre de la même année, la République Fédérale d'Allemagne sollicita l'avis de la Cour de justice sur l'accord-cadre sur les bananes, conformément à l'article 300 §6 (7). Le 22 décembre 1994, le Conseil prit néanmoins la décision de conclure, entre autres, l'accord-cadre qui faisait l'objet de la demande d'avis (8).

Les accords internationaux issus de l'Uruguay Round sont entrés en vigueur le 1er janvier 1995. A cette date, la Cour ne s'était pas encore prononcée. La question se posait donc de savoir s'il lui appartenait toujours de le faire dans la mesure où l'accord soumis à son examen, à l'état de projet au moment de sa saisine, avait depuis lors été conclu – voire était entré en vigueur dans le cas d'espèce. Lors de l'audience du 25 octobre 1995, les gouvernements allemand, néerlandais, belge et anglais soutinrent la recevabilité de la demande. Admettre le contraire, selon le gouvernement requérant, revenait à nier la procédure de l'article 300 §6 et aurait pour effet de préjudicier l'institution ou

(6) CJCE, avis 3/94, 13 décembre 1994, *Accord-cadre sur les bananes entre la Communauté européenne et la Colombie, le Costa Rica, le Nicaragua ainsi que le Venezuela*, Rec. 1994, p. I-4577. Voy. not. P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 231; K.P.E. LASOK, T. MILLET, *Judicial Control in the EU : procedures and principles*, Richmond, Richmond Law & Tax, 2004, p. 118; E. LERAY, A. POTTEAU, «Réflexions sur la cohérence du système de contrôle de la légalité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne», *RTDE*, pp. 539 et 540; C. KADDOUS, «L'arrêt *France c. Commission...*», *op. cit.*, p. 622.

(7) Deux questions de compatibilité étaient posées à la Cour de justice : d'une part, le respect de la procédure de négociation et, d'autre part, la compatibilité matérielle de l'accord au Traité.

(8) Décision 94/800/CE, 22 décembre 1994, *J.O. L*, n° 336, 23 décembre 1994, pp. 1-2.

l'Etat qui a cru bon interroger la Cour (9). Les gouvernements français et espagnol s'opposèrent à cette solution, estimant qu'il n'y avait plus d'accord « envisagé » mais bien un accord « conclu ».

Consciente de l'importance de la question qui lui était posée, la Cour examina tant le texte que l'objectif de la procédure préventive (10).

De l'aveu même de la Cour, les *termes* de la première phrase de l'article 300 §6 ne fournissent pas de réponse claire, même si une certaine prudence des institutions est de mise lorsqu'un projet d'accord est déféré à l'examen de la juridiction communautaire (11). Toutefois, la seconde phrase, en ce qu'elle subordonne l'entrée en vigueur d'un projet d'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour de justice à une révision préalable du Traité CE, fournit une indication déterminante : la Cour ne peut plus se prononcer préventivement car, si elle venait à formuler un avis négatif, ce dernier serait privé de l'effet que le Traité lui reconnaît, l'accord étant déjà conclu (12). La référence de la Cour à la conclusion de l'accord, plutôt qu'à son entrée en vigueur, comme le suggère l'article 300 §6, se comprend aisément : si le Traité CE peut empêcher quelque chose, c'est que la décision portant conclusion de l'accord international produise ses effets – voire *son* effet unique, soit l'engagement de la Communauté sur le plan international (13). Une fois cette décision adoptée, la Communauté est liée par l'accord, en ce compris les règles qui régissent son entrée en vigueur. Une fois l'accord conclu, cette dernière n'est pas de nature à être remise en cause par une intervention de la Cour. Ceci explique que la Cour déclare recevable une saisine préventive tant que le consentement à être lié par l'accord international n'est pas définitivement exprimé par la Communauté (14). Dans la même veine, il peut être soutenu que la Cour demeure compétente pour se prononcer sur un accord déjà entré en vigueur mais sur lequel la Communauté n'a pas encore exprimé son engagement définitif (15).

(9) CJCE, avis 3/94, précité, p. I-4585.

(10) *Idem*, p. I-4594.

(11) I. MACLEOD, I.D. HENDRY, S. HYETT, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, Clarendon University Press, 1995, p. 113.

(12) CJCE, avis 3/94, précité, p. I-4595.

(13) Sur cette question, voy. *infra*, II.B.

(14) CJCE, Avis 1/94, *Compétence de la Communauté pour conclure les accords OMC*, 15 novembre 1994, *Rec.* 1994, p. I-5267, point 12. Sur ces questions, voy. S. KARAGIANNIS, « L'expression 'accord envisagé' dans l'article 228-6 du traité CE », *Cah. dr. eur.*, 1998, liv. 1, pp. 105-136, spéc. p. 130.

(15) Voy. K. LENAERTS, D. ARTS, *Europees procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 333, point 521, note 819. Cette conclusion pourrait concerner tant les accords

La Cour de justice n'a toutefois pas arrêté là son raisonnement. D'après elle, l'irrecevabilité trouve également sa source dans l'*objet* de la procédure préventive : exceptionnelle, cette dernière tente d'éviter les conséquences négatives liées à une mise en cause de l'accord postérieure à sa conclusion (16). Or, cet objectif préventif ne pourrait plus être atteint si la Cour devait rendre un avis sur un accord déjà conclu. Les intérêts du requérant, qu'il s'agisse d'un Etat ou d'une institution, n'affectent pas ce constat, ce d'autant que, ainsi que le rappelle la Cour elle-même, le Traité CE prévoit une procédure d'annulation contre l'acte de conclusion (17). La Cour en conclut que la demande d'avis est devenue sans objet et qu'en conséquence, elle n'est plus tenue de répondre aux questions posées.

L'Allemagne n'est pas restée sur cet échec et a porté l'affaire au contentieux, lequel fut l'occasion pour la Cour d'annuler partiellement la décision du Conseil portant conclusion de l'accord-cadre (18). Il est toutefois remarquable de constater que, si la juridiction communautaire a évoqué la procédure préventive, c'était uniquement pour confirmer la possibilité d'agir en annulation contre un acte portant conclusion d'un accord international de la Communauté, mais en aucun cas en vue de souligner le passage en force du Conseil, qui n'avait pas attendu son avis pour engager internationalement la Communauté, et encore moins pour lui en tenir rigueur. Certes, l'Allemagne n'avait pas soulevé dans sa requête un moyen d'illégalité tiré de cet aspect de l'affaire. Force est pourtant d'admettre que, si la Cour avait souhaité *motu proprio* examiner ce type de grief, elle aurait pu le faire, en se fondant sur le caractère constitutionnel – et donc substantiel – de la procédure préventive.

Emmanuelle LERAY et Aymeric POTTEAU ont également défendu ce point de vue, soutenant que la Cour aurait dû profiter de sa saisine répressive pour affirmer le caractère suspensif de la demande d'avis introduite sur la base de l'article 300 §6 (ex-article 228 §6). Un tel effet se déduirait des exigences de l'*équilibre institutionnel* et de l'*effet utile* (19). Toujours selon ces auteurs, le caractère suspensif aurait dû

multilatéraux simplement envisagés par la Communauté mais déjà entrés en vigueur entre les autres parties que les accords – qu'ils soient bi- ou multilatéraux – simplement signés mais auxquels est reconnue une exécution provisoire, avant même leur entrée en vigueur.

(16) Avis 3/94, précité, p. I-4596.

(17) *Ibidem*.

(18) CJCE, aff. C-122/95, précitée.

(19) «*En effet, la Cour pouvait tout à fait soutenir que le Conseil avait méconnu ledit principe en concluant un accord alors que la juridiction suprême était saisie d'une demande d'avis à son propos. Ainsi, le Conseil avait, ce faisant, vidé le contenu*

être érigé en principe constitutionnel dans la mesure où l'impatience du Conseil nuit gravement à l'autorité de la Cour. Le Professeur Boulois, au contraire, s'est opposé à cette thèse en se fondant sur la circonstance que la procédure préventive, en cas d'avis négatif, n'empêchait pas la *conclusion* d'un accord mais uniquement son *entrée en vigueur*. Avant le Traité de Maastricht, l'article 228 §1 al. 2, en sa seconde phrase, précisait en effet que «(1) *l'accord qui a fait l'objet d'un avis négatif de la Cour de justice ne peut entrer en vigueur que dans les conditions fixées selon le cas à l'article 236*». Si l'avis négatif n'avait donc un effet que sur l'entrée en vigueur, *a fortiori* l'introduction de la demande d'avis ne censurait-elle pas le pouvoir d'engager la Communauté sur le plan international (20). Cette opinion est toutefois battue en brèche depuis le Traité de Maastricht, lequel a introduit un §5 à l'article 300 qui contraint le Conseil, pour le cas où la Cour exprime un avis négatif et que le projet d'accord n'est pas amendé, à réviser le Traité préalablement à la conclusion de ce dernier (21).

2. — *L'avis 1/04 : étouffé dans l'œuf*

Il faudra attendre plus de dix ans pour que la Cour ait à nouveau à connaître de la problématique discutée dans ces lignes. Il s'agissait cette fois du projet d'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert des données «PNR» (Passenger Name Record) par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure.

Cette affaire est étroitement liée aux réactions législatives des Etats-Unis suite aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 et s'inscrit dès lors dans un contexte très sensible (22). En vertu de l'une de ces

d'une prérogative d'une autre institution communautaire, ce qui est précisément contraire au principe de l'équilibre institutionnel. La Cour aurait pu également justifier cette position sur la base de l'effet utile de la procédure de l'article 228 §6 du traité CE, qui n'a de sens que si elle va à son terme» (E. LERAY, A. POTTEAU, *op. cit.*, pp. 541-542).

(20) J. BOULOUIS, «La jurisprudence de la Cour de justice relative aux relations extérieures des Communautés européennes», Hague Academy of International Law, *RCADI*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1974, pp. 354-355.

(21) Les liens qu'entretiennent les paragraphes 5 et 6 de l'article 300 posent d'importants problèmes d'interprétation. C'est toutefois là une discussion qui dépasse les limites de la présente contribution.

(22) Pour un premier commentaire, voy. M. MARESCEAU, «Bilateral Agreements concluded by the European Community», Hague Academy of International Law, *RCADI*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 228, 240 et 241;

nouvelles dispositions, l'*Aviation Transportation and Security Act*, les compagnies aériennes sont contraintes de fournir aux autorités douanières américaines un accès électronique aux données dans leurs systèmes automatiques de réservation et de contrôle des départs. Un tel système, qualifié de «*Pull*», se distingue du système «*Push*», qui implique, plutôt qu'une mise à disposition directe, un envoi d'informations déjà filtrées par les compagnies aériennes (23). Une compagnie qui ne respecterait pas les obligations résultant de ce nouveau régime législatif serait passible de poursuites et de lourdes amendes.

La Commission a rapidement informé les Etats-Unis que cet appareil normatif était susceptible d'entrer en conflit, notamment, avec les législations communautaire et des Etats membres relatives à la protection des données à caractère personnel (24). En particulier, la Commission craignait que ce système n'entre en conflit avec la directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (25). Des discussions informelles furent entamées avec les Etats-Unis aux fins de conclure un accord international. En effet, dans la mesure où le système «*Pull*» emporte la reconnaissance à une autorité publique étrangère – en l'occurrence les douanes dépendant directement de l'Etat fédéral américain – d'un «pouvoir souverain» sur des entreprises établies dans la Communauté, l'accord de cette dernière (26) sur cet abandon d'*imperium* était requis. Un tel transfert de données vers un pays tiers n'était toutefois possible, selon l'article 25 de la directive précitée, qu'à la condition que la Commission adopte une «décision d'adéquation» relative au niveau de protection offert par le pays des-

A. ADAM, «L'échange des données à caractère personnel entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Entre souci de protection et volonté de coopération», *R.T.D.E.*, 2006, liv. 3, pp. 411-437; V. MICHEL, «La dimension externe de la protection des données à caractère personnel : acquiescement, perplexité et frustration – note sous CJCE, aff. jtes. C-317 et 318/04, *Parlement c. Conseil*, 30 mai 2006, n.e.p.», *R.T.D.E.*, 2006, liv. 3, pp. 549-559; F. MARIATTE, «La sécurité intérieure des Etats-Unis...ne relève pas des compétences externes des Communautés», *Europe*, juillet 2006, pp. 4 à 8; Y. POULLET, V. PERES ASINAN, «Données des voyageurs aériens : le débat Europe-Etats-Unis», *J.T.D.E.*, 2004, pp. 266 à 273; I. THOMAS, «La mise en œuvre en droit européen des dispositions internationales de lutte contre le terrorisme», *R.G.D.I.P.*, 2004, liv. 2, pp. 463 à 480.

(23) Sur ces questions, voy. A. ADAM, *op. cit.*, p. 423.

(24) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement, «Transfert des données des dossiers passagers (Passenger Name Record – PNR) : Une démarche globale de l'Union européenne», 16 décembre 2003, COM(2003) 826 final.

(25) *J.O. L.*, n° 281, p. 31.

(26) Ou de l'Union, selon les interprétations (voy. *infra*). Voy. V. MICHEL, *op. cit.*, p. 549.

tinataire, «*en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux (...), en vue de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes*». Malgré les doutes exprimés à travers plusieurs avis par le «groupe article 29» (27) – institué par la directive précitée –, la Commission a estimé que les conditions d'une décision d'adéquation étaient réunies et a adopté une recommandation destinée à autoriser l'ouverture des négociations (28).

Elle a ensuite transmis au Parlement européen, dans la perspective de sa consultation simple, un projet de décision d'adéquation et une proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord (29). Ces deux documents furent soumis à l'avis de l'Assemblée.

Estimant notamment que la décision d'adéquation dépassait les pouvoirs reconnus à la Commission par l'article 25 de la directive précitée, le Parlement a adopté, le 31 mars 2004, une résolution visant à obtenir des projets davantage respectueux des droits fondamentaux (30). Il s'est en outre réservé la faculté de saisir la Cour de justice dans le cadre de la procédure de l'article 300 §6. Ce fut chose faite le 21 avril 2004 (31). Par un acte séparé du même jour, le Parlement a sollicité de la Cour qu'elle applique au traitement de cette affaire l'article 62*bis* du Règlement de la Cour, relatif aux procédures accé-

(27) Voy. not. avis 4/2003 du 13 juin 2003, sur le Niveau de Protection assuré aux Etats-Unis pour la Transmission des Données Passagers, 11070/03/FR, WP 78, ainsi que le communiqué du même jour; avis 2/2004 du 29 janvier 2004, sur le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens (PNR) transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis (US CBP), 10019/04/FR, GT 87; avis 7/2006 du 27 septembre 2006, sur l'arrêt de la Cour de justice du 30 mai 2006 dans les affaires jointes C-317/04 et C-318/04 relatives au transfert de données PNR aux Etats-Unis et à la nécessité urgente d'un nouvel accord, 01612/06/FR, WP 124.

(28) Recommandation de la Commission en vue d'une décision du Conseil autorisant la Commission à ouvrir des négociations avec les Etats-Unis d'Amérique au sujet d'un accord sur l'utilisation des données des dossiers passagers (Passanger Name Record – PNR) pour prévenir et combattre le terrorisme et les délits graves de nature transnationale, notamment la criminalité organisée, SEC (2004) 119/F, 2 février 2004.

(29) Voy. la lettre du Secrétariat général de la Commission du 17 mars 2004 (SG/D (2004)2393).

(30) Résolution du Parlement européen sur le projet de décision de la Commission constatant le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens (PNR) transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis, 2004/2011(INI).

(31) *J.O. C*, n° 188, 30 avril 2004, p. 1.

lérées. Le Président de la Cour a, par une ordonnance du 29 avril, rejeté cette dernière demande (32).

Par deux lettres des 25 mars et 28 avril 2004, le Conseil a encouragé le Parlement à rendre son avis au plus vite, et finalement au plus tard pour le 5 mai de la même année. Excipant d'une situation d'urgence, il faisait ainsi application de la faculté qui lui est reconnue par l'article 300 §3 al. 3 du Traité CE. Cette demande fut toutefois rejetée par le Parlement la veille de l'échéance fixée. Son Président recommanda au Conseil et à la Commission de ne pas poursuivre le processus normatif en cours tant que la Cour ne se serait pas prononcée sur le respect, par l'accord envisagé, du Traité CE.

Entre-temps, le Président de la Cour avait fixé au 4 juin 2004 la date-butoir pour le dépôt des observations écrites (33), ce qui représente un délai assez court mais pas exceptionnel dans la pratique de la Cour en matière d'avis préventif (34).

Le 17 mai 2004, toutefois, le Conseil prit la décision de conclure l'accord «PNR» avec les Etats-Unis (35). La Commission adoptait quant à elle la décision d'adéquation le 14 mai (36). Par une lettre du

(32) «(Si le règlement) prévoit, à ses articles 62bis et 104bis, la possibilité de demander à la Cour de soumettre à la procédure accélérée les affaires et demandes y visées, il est constant qu'une telle possibilité n'est pas prévue en ce qui concerne les demandes d'avis» (CJCE, Ord. prés. du 29 avril 2004, inédite; voy., pour une première référence doctrinale à cette ordonnance, K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 414).

(33) L'article 107 §1^{er} al.2 du Règlement de procédure dispose que «le président fixe un délai aux institutions et aux Etats membres auxquels la demande est signifiée pour qu'ils présentent leurs observations écrites».

(34) Un délai d'un mois avait ainsi été accordé aux «parties» dans le cadre de l'avis 1/91 du 14 décembre 1991 (*Rec.* 1991, p. I-6079). Notons que, dans le cadre des demandes d'avis, la pratique est établie en ce sens que toutes les langues officielles de la Communauté constituent les «langues de procédure». Cette caractéristique, qui traduit un peu plus encore l'importance constitutionnelle de la fonction préventive de la Cour, n'est sans doute pas de nature à accélérer son examen de l'accord envisagé. Ce trait purement procédural ne doit pas être confondu avec l'hypothèse où la Cour apprécie l'ensemble des versions linguistiques de l'accord qui lui est soumis en vue, par exemple, de déterminer l'étendue de sa saisine (voy. CJCE, avis 1/00, *Projet d'accord portant sur la création d'un espace aérien européen commun (EAEC)*, 18 avril 2002, *Rec.* 2002, p. I-3493, point 1).

(35) Décision 2004/496 du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, *J.O. L*, n° 183, 20 mai 2004, p. 83.

(36) Décision 2004/535 de la Commission relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers

9 juillet 2004, le Parlement européen informa la Cour du retrait de sa demande d'avis. Le Président de la Cour en prit acte dans une ordonnance du 16 décembre 2004, portant radiation de la demande d'avis du Parlement. Contrairement à la situation de 1994, la Cour ne put donc même pas se prononcer formellement, de telle sorte qu'il n'existe pas d'avis 1/04.

Le 25 juin 2004, le Parlement introduisit un recours en annulation contre les deux décisions. Les moyens invoqués à l'appui de chaque recours sont partiellement distincts. On y retrouve à chaque reprise la violation des principes essentiels de la directive 95/46/CE ainsi que des droits fondamentaux, en ce compris le principe de proportionnalité. A l'appui de sa contestation à l'encontre de la décision portant conclusion de l'accord, le Parlement invoque néanmoins, en sus, le choix erroné de l'article 95 du Traité CE comme base juridique, le manque de motivation ainsi que la méconnaissance du principe de coopération loyale. Le Parlement choisit ce dernier fondement comme levier de sa contestation du comportement du Conseil suite à la demande d'avis préventive. La formulation de la requête sur ce point est révélatrice de la conscience du Parlement quant à l'absence d'effet suspensif d'une demande d'avis sur la procédure de conclusion d'un accord international. L'Assemblée se garde bien, en effet, d'invoquer directement une méconnaissance de l'article 300 §6, mais renseigne uniquement le principe général de coopération contenu à l'article 10 du Traité.

Quoi qu'il en soit, si l'avocat général Philippe Léger propose une analyse au fond de ce moyen, la Cour est épargnée de cet exercice : par son arrêt du 30 mai 2006, elle annule les deux actes déferés à sa censure ; la décision d'adéquation adoptée par la Commission car le champ d'application de la directive 95/46/CE exclut des mesures qui, telles que celles envisagées dans la procédure «PNR», ne visent qu'à «sauvegarder la sécurité publique (...) à des fins répressives» (37) ; la décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord car ce dernier ne peut être justifié par la seule volonté de faciliter le fonctionnement du marché intérieur, ni par les besoins liés à la mise en œuvre de la directive 95/46/CE, laquelle, pour les raisons qui viennent d'être évoquées, sort du champ d'application d'un tel régime (38).

aériens transférés au bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis d'Amérique, *J.O. L*, n° 235, 6 juillet 2004, p. 11.

(37) CJCE, aff. C-317 et 318/04, *op. cit.*, point 57.

(38) *Idem*, points 67 à 70.

B. — QUELQUES REMARQUES
SUR L'ABSENCE DE CARACTÈRE SUSPENSIF
LIÉ À L'INTRODUCTION D'UNE DEMANDE D'AVIS PRÉVENTIVE

Dans l'affaire «PNR», la Cour a tenté de limiter les effets négatifs liés à son arrêt d'annulation (39). Il n'en demeure pas moins que cet arrêt est révélateur, tout autant que l'avis 3/94 et l'arrêt d'annulation qui s'en est suivi, des inconvénients majeurs liés à l'absence de suspension du processus de conclusion d'un accord international lorsqu'un avis préventif de la Cour de Luxembourg est sollicité. Les pistes de solutions sont diverses et, à n'en pas douter, très sujettes à controverses.

1. — *Des difficultés confirmées*

L'affaire «PNR» illustre avec une particulière clarté les inconvénients d'une procédure contentieuse plutôt qu'une procédure préventive, et ce à l'égard des questions tant de compétence que de compatibilité matérielle au Traité CE (40)-(41).

(39) Voy. *infra*, II.

(40) Valérie MICHEL conclut en effet son commentaire en affirmant que «(f)inalement, il eut certainement été préférable que la Cour statue en amont, sur la demande d'avis. Le mérite de l'arrêt semble finalement résider en ce rappel de l'utilité d'une procédure non contentieuse qu'il eut été judicieux de suivre» (V. MICHEL, *op. cit.*, p. 559). Pour une analyse précoce des avantages de la procédure d'avis préventive, voy. J. RAUX, «L'avis de la Cour de justice des Communautés européennes au titre de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du Traité CE (11 novembre 1975)», *R.T.D.E.*, 1976, liv. 12, pp. 486 et 487.

(41) La Cour a rapidement confirmé que, malgré la rédaction obscure de l'article 300 §6 sur ce point, sa mission consultative s'étendait tant aux questions de compatibilité matérielle qu'aux problèmes de compétence (Art. 107 §2 du Règlement de procédure, confirmé par l'avis 1/75, précité, pp. 1360-1361). Le Professeur BOULOUIS, contrairement au Professeur KOVAR, s'était opposé à ce qu'il considérait comme une «extension», par le règlement de procédure, de la portée du contrôle de compatibilité reconnu à la Cour par le Traité CE (J. BOULOUIS, *op. cit.*, p. 348; du même auteur, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 4^e éd., 1993, p. 121, §185; *contra* R. KOVAR, «La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne», in X., *Le droit international : unité et diversité – Mélanges P. Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 376). Voy., sur cette question, R. KHEITMI, «La fonction consultative de la Cour de justice des Communautés européennes», *R.T.D.E.*, 1967, liv. 3, p.564; V. CHRISTIANOS, «La compétence consultative de la Cour de justice à la lumière du Traité sur l'Union européenne», *RMCUE*, 1994, liv. 374, pp. 41 et 42; C. KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant – Dossiers de droit européen, 1998, pp. 114-115; H. SCHERMERS, D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague/London/New-York, Kluwer Law International, 2001, 6th

Sur les questions de *compétence*, tout d'abord. Même si la Cour s'est prononcée sur la compétence de la Communauté pour conclure l'accord «PNR» dans le cadre du recours en annulation, force est d'admettre que son arrêt ne résout pas l'ensemble des questions posées à ce titre. Limitée dans sa saisine par les moyens invoqués par le Parlement, elle s'est contentée, s'agissant de la décision conclusive, de déclarer fondé l'argument tiré d'un choix erroné de la base juridique, en l'occurrence l'article 95 éventuellement associé à la directive 95/46/CE (42). La Cour ne s'est donc aucunement engagée – elle n'y était pas tenue – dans la question délicate de savoir si un tel type d'accord devait être conclu sur une base juridique «transpiliers» (CE et UE), une technique déjà rencontrée en matière de lutte contre le terrorisme, ou si au contraire un accord «pur» du troisième pilier suffisait (43). En d'autres termes, la Cour a limité sa *ratio decidendi* au constat suivant : la Communauté n'est pas compétente pour conclure l'accord «PNR» sur la seule base de l'article 95 du Traité CE, dans la mesure où cet accord poursuit essentiellement des objectifs de lutte contre le terrorisme par le droit pénal. La Cour est par contre muette sur la solution qui, à ses yeux, aurait dû être privilégiée. L'extrême brièveté de l'arrêt sur cette question porte à croire que, quand bien même le Parlement aurait cherché à obtenir des indications quant à la base juridique appropriée, la Cour se serait contentée *a minima* de répéter ce qui vient d'être dit, *a maxima* d'évoquer les hypothèses envisageables, sans pour autant se prononcer définitivement sur la validité de telle solution plutôt que telle autre.

A l'inverse, la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice, statuant sur des demandes d'avis, démontre la souplesse avec laquelle

ed., pp. 656-657; K.P.E. LASOK, T. MILLET, *op. cit.*, pp. 118-119; P.-Y. MONJAL, *op. cit.*, pp. 154 et s.; du même auteur, «La guerre des droits aura-t-elle lieu? Remarques sur le statut contentieux des accords internationaux dans l'ordre juridique communautaire», *RMUE*, liv. 3, 1999, pp. 22-24.

(42) Avec Valérie MICHEL, il y a lieu de s'étonner du rapprochement qu'opère ici la Cour : cette dernière devait uniquement se poser la question de savoir si et dans quelle mesure l'article 95 du Traité CE constituait une base juridique suffisante pour adopter la décision de conclusion de l'accord. La directive 95/46 du Parlement et du Conseil n'étant qu'un acte de droit dérivé et, qui plus est, présentant un champ d'application distinct, il n'est pas aisé d'apercevoir en quoi la légalité de la décision de conclusion de l'accord pouvait y être subordonnée (voy. V. MICHEL, *op. cit.*, pp. 553 à 556).

(43) Sur cette controverse, voy. A. ADAM, *op. cit.*, pp. 422 et s.; F. MARIATTE, *op. cit.*, pp. 5 et 6. Pour un aperçu plus général des problèmes que pose l'approche «transpiliers» dans le cadre de la conclusion des accords internationaux, voy. A. ADAM, «La lutte contre le terrorisme – Etude comparative Union européenne – Etats-Unis», *Etudes européennes*, 19 octobre 2005, pp. 16 à 18, <http://www.cees-europe.fr/fr/etudes/revue8/r8a2.pdf> (consultation le 21 décembre 2006).

la juridiction communautaire interprète les questions de compétence qui lui sont posées, allant même jusqu'à établir d'importants principes sur les délicates questions tenant au choix de la base légale (44). Plus généralement, il est admis que la Cour ne se sent pas tenue par les termes d'une demande d'avis une fois qu'elle en est saisie : elle est donc libre de découvrir dans le projet qui lui est adressé d'autres questions que celles qui lui sont soumises par les « parties » (45). Gageons donc que la Cour, si elle avait eu la possibilité de se prononcer par voie d'avis, aurait donné des indications plus claires quant aux fondements juridiques sur lesquels l'accord « PNR » pourrait être basé.

Une objection semble être que la procédure préventive ne concerne que le pilier communautaire, et est dès lors étrangère aux accords de l'Union, qu'il s'agisse de la politique étrangère et de sécurité commune (ci-après, la PESC) ou de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (ci-après, la CPJP) (46). Cette délicate question appelle

(44) CJCE, avis 2/00, *Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques*, 6 décembre 2001, *Rec.* 2001, p. I-9713 (voy. A. DASHWOOD, « Comment – Opinion 2/00 », *CML Rev.*, liv. 39, pp. 353 à 368); CJCE, avis 1/03, *Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 7 février 2006, *Rec.* 2006, p. I-1145.

(45) J. BOULOIS, « Les avis de la Cour de justice des Communautés sur la compatibilité avec le traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen », *R.T.D.E.*, 1992, pp. 458 et 459; C. GRAY, « Advisory Opinion and European Court of Justice », *E.L. Rev.*, 1983, liv. 8, p. 33. Davantage critiquable sans doute est l'attitude assez formaliste de la Cour lorsqu'elle écarte sans autre examen des questions importantes de compatibilité en se retranchant derrière le seul motif qu'elles ont été soulevées non pas par le/les requérant(s) mais par une institution ou un Etat au travers de ses observations, et ce alors même que la procédure d'avis n'est pas contentieuse et vise à éviter les problèmes liés à une remise en cause ultérieure de l'accord. Ainsi, dans l'avis 1/92, la Cour n'a pas envisagé le projet d'accord sur l'Espace économique européen sous l'angle du rôle du Parlement dans la procédure de décision, malgré les développements que ce dernier avait consacrés à la question dans ses observations écrites et sa demande explicite que la Cour se prononce sur ce point (CJCE, avis 1/92, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, 10 avril 1992, *Rec.* 1992, p. I-2821, point 1). Il est vrai que l'occasion n'était pas idéale : d'une part, un premier projet d'accord avait déjà fait l'objet d'un avis négatif (1/91), d'autre part, si la Cour n'a pas eu de difficultés à reconnaître au Parlement le droit de déposer des observations, cette institution ne faisait à l'époque pas partie des personnes susceptibles de solliciter l'avis de la Cour sur un accord envisagé, une situation rectifiée depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice.

(46) En effet, la procédure d'avis préventive ne fait pas partie des compétences spéciales dévolues à la Cour dans le cadre du troisième pilier par les articles 35 et 46 du Traité UE. Cette situation était censée évoluer avec l'entrée en vigueur de l'article III-325 §11 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui con-

une réflexion nuancée. Deux hypothèses peuvent être envisagées. Selon un premier cas de figure, la Cour admet la construction «transpiliers» : il ne lui serait alors pas impossible, à notre sens, de se déclarer compétente pour le tout, à tout le moins lorsqu'une distinction claire n'est pas proposée entre les parties de l'accord qui trouvent un fondement communautaire et celles qui sont basées sur la PESC ou la CPJP. Selon un second cas de figure, la Cour de justice exclut au contraire toute compétence de la Communauté, invalidant par là-même le choix de conclure un accord communautaire. En l'état actuel des Traités, il ne paraît pas que la Cour soit habilitée, dans ce cas, à passer outre la structure en piliers du droit européen : elle doit déclarer la demande d'avis, exclusivement prévue à l'article 300 du Traité CE, irrecevable (47). Toutefois, à ce stade de l'analyse et dans la mesure où c'est un projet d'accord communautaire qui lui a été déféré, il serait probable que la Cour fournisse aux parties des indices quant aux bases juridiques du Traité UE qu'elle estimerait devoir être utilisées. Une telle incursion paraît conforme à la liberté affichée par la Cour dans le traitement des demandes d'avis. Qui plus est, les fondements juridiques des accords internationaux étant beaucoup moins nombreux et en principe plus aisément identifiables qu'en matière communautaire, l'avis de la Cour pourrait malgré tout s'avérer très utile (48). Il n'en demeure pas moins regrettable que la compétence d'avis de la Cour de justice soit limitée au premier pilier, surtout eu égard à la sensibilité – notamment au regard de la protection des droits fondamentaux – des matières traitées dans le cadre des piliers PESC et CPJP.

Notons encore que, depuis les arrêts d'annulation, un accord intérimaire a été signé entre l'Union européenne (et non plus la Commu-

cerne en effet tous les accords de l'Union. Cet article vise également à élargir les normes de référence à l'aune desquelles le projet d'accord est évalué, puisqu'il dispose que la Cour se prononce sur la compatibilité du projet d'accord à la Constitution, sans se limiter aux compétences qui ressortissent aujourd'hui au premier pilier.

(47) Voy. en ce sens K. LENAERTS, D. ARTS, *op. cit.*, p. 330 ainsi que, pour un point de vue controversé sur une éventuelle compétence de la Cour pour se prononcer sur la compatibilité au Traité des accords conclus par les Etats membres sans la Communauté, N. NEUWAHL, «Commentary – Opinion 2/91», *C.M.L. Rev.*, 1993, pp. 1190-1191.

(48) La question portant alors principalement sur le fait de savoir si l'accord international envisagé relève du second ou du troisième pilier, voire des deux. La base juridique sera, quant à elle, l'article 24 du TUE, éventuellement combinée à l'article 38. Une déclaration d'irrecevabilité de la demande d'avis aurait néanmoins pour conséquence que la Cour ne puisse se prononcer sur des questions de compatibilité matérielle.

nauté) et les Etats-Unis (49). Ce dernier présente en gros un contenu similaire au précédent. Toutefois, conformément aux procédures du Traité UE, le Parlement n'y a plus du tout été associé (50) et, qui plus est, la Cour ne peut plus se prononcer par voie d'avis préventif (51). La procédure préventive aurait sans doute permis, si elle avait été menée à son terme, d'atténuer quelque peu le déficit démocratique des procédures institutionnelles actuelles, puisque le Parlement, invité à formuler ses observations, aurait pu faire valoir son opinion sur l'accord envisagé, même si la Cour avait finalement décidé qu'il ressortissait uniquement au troisième pilier (52). Le «déplacement» de l'accord vers le troisième pilier semble exclure définitivement cette atténuation (53).

(49) Voy. la décision 2006/729/PESC/JAI du Conseil du 16 octobre 2006 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données contenues dans les dossiers des passagers (données PNR) par des transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure, *J.O. L*, n° 298, 27 octobre 2006, pp. 27 et 28. Cette décision fait suite à la note de la présidence au Coreper et au Conseil du 6 octobre 2006 (*Doc. Conseil*, 6 octobre 2006, n° 13668/06). Cet accord expire à la date d'application de tout autre accord qui le remplacerait et en tout cas au plus tard le 31 juillet 2007, à moins d'être reconduit d'un commun accord par les parties.

(50) Il n'a pas manqué de s'en plaindre, soit directement (voy. Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur les négociations en vue de la conclusion d'un accord avec les États-Unis d'Amérique sur l'utilisation de données des dossiers des passagers aériens (PNR) afin de prévenir et de combattre le terrorisme et la criminalité transnationale, y compris la criminalité organisée, 7 septembre 2006, 2006/2193(INI), pp. 4-5), soit par la voie de son rapporteur spécial (voy. la lettre adressée par Sophie in 't Veld au Commissaire Franco Frattini le 10 octobre 2006, <http://www.statewatch.org/news/2006/oct/eu-us-pnr-letter-to-commission.pdf>). Voy. égal. les questions posées le 14 juin 2006 par Saïd EL KHADRAOUI (PSE) au Conseil (E-2593/06) et à la Commission (P-2579/06).

(51) Pour une énumération des prérogatives de la Cour dans le cadre du troisième pilier, ainsi qu'une critique de l'insatisfaction qu'elles inspirent en matière de protection juridictionnelle effective, voy. O. DE SCHUTTER, *Vers l'Union de droit – L'amélioration de la protection juridictionnelle dans l'Union européenne comme élément du débat sur l'avenir de l'Union*, Publications de l'U.C.L., 2002, pp. 23 à 28. Voy. égal. H. HUMANS, «De derde pijler in de praktijk : leven met gebreken. Over de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten», *S.E.W.*, 2006, liv. 10, pp. 375 à 391.

(52) Si la Cour avait estimé, dans le cadre de sa saisine préventive, que le projet d'accord ressortissait au pilier communautaire, elle aurait eu l'occasion de faire valoir son point de vue sur le degré d'intervention du Parlement dans le cadre de la procédure de conclusion. Elle aurait pu, de la sorte, déterminer si l'Assemblée était compétente pour rendre un avis simple ou conforme (art. 300, §3, al. 1 et 2).

(53) Notons que l'absence d'intervention du Parlement européen pourrait être compensée par la possibilité offerte à un Etat membre, faisant usage de l'article 24 §5 du Traité UE, d'exiger que l'accord du «troisième pilier» soit approuvé par son parlement national (voy. P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 184). La pratique n'a toutefois pas encore donné lieu à une mise en œuvre concrète de cette prérogative procédurale.

Sur le plan de la *compatibilité matérielle*, ensuite, l'attitude du Conseil et de la Commission privent l'ordre juridique d'un important élément de sécurité : dès lors que la juridiction communautaire n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la conformité de l'accord «PNR» aux standards européens des droits fondamentaux, et que l'accord est désormais évacué en-dehors du champ du premier pilier, les éventuels problèmes qu'il présente sur ce plan sont en principe hors d'atteinte. Or, les critiques formulées à l'endroit de l'accord portaient essentiellement sur l'ingérence disproportionnée dans la vie privée qu'impliquait sa mise en œuvre. Tout au plus peut-on se rassurer, maigre consolation, en lisant les conclusions de l'Avocat général LÉGER, qui n'apercevait pas dans le projet une menace pour les droits de l'homme (54). Il ne s'agit toutefois que d'un seul point de vue, par essence très subjectif et qui ne peut être tenu pour une garantie absolue de compatibilité (55). Les avis du «groupe article 29», précités, en sont sans doute la meilleure illustration.

En somme, sans confondre ses résultats avec les inconvénients «naturels» d'une procédure *a posteriori* (56), l'absence de caractère suspensif de la procédure préventive présente un triple désavantage : elle porte atteinte à l'effet utile de la procédure d'avis ; elle est largement créatrice d'insécurité juridique ; enfin, elle génère un sentiment d'impunité dans le chef des institutions en charge de la négociation et de la conclusion d'un accord international, libres de ne pas attendre les éclairages que la Cour pourrait leur fournir quant aux aspects juridiques du texte qu'elles s'apprêtent à signer ou à conclure.

(54) Conclusions de l'Avocat général Philippe LÉGER dans les affaires C-317 et 318/04, 22 nov. 2005, points 249 à 304.

(55) Il en est d'autant plus ainsi que le nouvel accord semble moins prudent que le précédent sur certains aspects, parmi lesquels la durée de rétention des données, la définition des cas d'exclusion ou encore le processus d'évaluation du système d'échange mis sur pied (sur ces questions, voy. not. l'avis 7/2006 du «Groupe article 29», *op. cit.* ; lettre à la présidence du Conseil et la Commission du Département de la sécurité intérieure des Etats-Unis d'Amérique, concernant l'interprétation de certaines dispositions des engagements contractés le 11 mai 2004 au sujet du transfert par avion des données à caractère personnel de passagers, *Doc. Cons.*, 11 octobre 2006, n° 13738/06 ainsi que la réponse du 13 octobre, *Doc. Cons.*, n° 13835/06).

(56) Ces inconvénients tiennent essentiellement en la mise en œuvre potentielle de la responsabilité internationale de la Communauté, du fait de l'inobservance d'un accord régulièrement conclu du point de vue international, ainsi qu'en la perte de crédibilité de la Communauté sur le plan des relations internationales.

2. — *Des tentatives de solutions uniformes*

Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire «PNR» ont été la seconde occasion offerte à la Cour, après l'avis 3/94, de discuter des effets qu'emporte l'introduction d'une demande d'avis préventive sur le processus d'élaboration d'un accord international envisagé. Pour rappel, en effet, la Cour n'a pas pu prononcer son avis 1/04, puisque le Parlement a retiré sa demande d'avis suite à la conclusion de l'accord (57).

Le raisonnement suivi par l'*amicus curiae* mérite d'être rappelé. Il commence par admettre que la voie empruntée par le Parlement, soit le recours au principe de coopération loyale, n'est pas irrecevable : la Cour a déjà jugé à diverses reprises que cette obligation reposait tant sur les Etats membres vis-à-vis des institutions que sur les institutions entre elles, voire vis-à-vis des Etats membres (58). Néanmoins, l'avocat général ne partage pas l'avis du Parlement quant au fondement de ce moyen : dès lors que la Cour refuse clairement tout caractère suspensif lié à l'introduction d'une demande d'avis, il ne se conçoit pas que le Conseil puisse être condamné lorsque, avant que la Cour n'ait eu l'occasion de se prononcer, il prend la décision de conclure l'accord, et donc d'engager la Communauté. Il emprunte à l'avis 3/94 deux de ses principaux arguments pour justifier pareille solution : tout d'abord, la procédure de l'article 300 §6 vise à apprécier la compatibilité d'un accord envisagé à ce dernier et non pas à «protéger les intérêts et droits de l'Etat membre ou de l'institution communautaire à l'origine de la demande d'avis»; ensuite, ces mêmes entités bénéficient toujours de la faculté d'introduire un recours en annulation contre la décision portant conclusion (59). Cet argumentaire est, à première vue, empreint d'une logique implacable : à quel titre reprocher au Conseil de conclure un accord alors même qu'aucune contrainte procédurale ne l'en empêchait *a priori*? Le Parlement avait en l'espèce été consulté et, si le Conseil avait requis qu'il se prononce dans l'urgence, l'Assemblée avait motivé le rejet de cette demande et s'en était référé à la Cour. La procédure de l'article 300 §3 était dès lors, dans la forme, respectée, sous la seule réserve d'un examen (forcément ultérieur)

(57) Ceci démontre si besoin était la conscience du Parlement que la Cour ne choisirait pas, *motu proprio*, de se prononcer sur la compatibilité d'un accord qui ne serait plus simplement envisagé.

(58) CJCE, aff. C-230/81, 10 février 1983, *Luxembourg c. Parlement*, Rec. 1983, p. 255, point 4; CJCE, aff. C-204/86, 27 septembre 1988, *Grèce c. Conseil*, Rec. 1988, p. 5323, point 16; CJCE, aff. C-65/93, 30 mars 1995, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1995, p. I-643, point 23.

(59) Conclusions précitées, points 320 et 321.

tenant à la question de savoir si l'avis simple suffisait, ou si au contraire un avis conforme s'imposait (60).

Pourtant, le parallélisme quasiment absolu établi entre les deux procédures, celle de 1994 et celle de 2004, ne se justifie pas en tous points. Une différence de contexte, mais également et surtout de traitement procédural, auraient dû être l'occasion d'analyses plus pointues, pour ne pas dire mieux replacées dans leur contexte.

3. — *Les complications engendrées par une ligne de jurisprudence décontextualisée*

Les matières traitées par les accords de 1994 et de 2004 présentent une nature distincte, ce qui participe à la différenciation des procédures qui en ont accompagné l'élaboration, puis la remise en cause. Il peut être en effet difficilement nié que la protection des données à caractère personnel, surtout dans le contexte actuel de lutte anti-terroriste et des relations complexes que l'Europe entretient avec les Etats-Unis, suscite davantage d'émotion que la conclusion d'accords de commerce. Cela étant, des règles de procédure, en l'absence de précision des textes, ne peuvent fluctuer au gré d'un *decorum* forcément sujet aux aléas des nécessités internationales.

La problématique de l'urgence est plus décisive. Elle autorise une comparaison entre les demandes d'avis sur un accord envisagé, d'une part à la Cour de justice, d'autre part au Parlement.

Devant ce dernier (61), l'article 300 §3 du Traité CE, complété par l'article 134 du Règlement intérieur du Parlement, jette les bases du traitement des cas urgents. Son premier alinéa précise en effet que le Conseil, lorsqu'il envisage de conclure un accord pour lequel la procédure d'avis simple trouve à s'appliquer, peut requérir du Parlement qu'il se prononce dans un délai qu'il fixe unilatéralement, sous réserve

(60) Voy. le second moyen invoqué par le Parlement européen dans l'affaire PNR, à l'encontre de la décision de conclusion de l'accord : estimant que l'accord modifiait la directive 95/46, un acte conclu selon la procédure de co-décision, il entendait faire valoir que son avis conforme était en un tel cas requis (art. 300 §3 al.2). Indirectement, la Cour rejette cet argument puisqu'elle estime que cette directive ne pouvait compter dans son champ d'application des mesures telles que les mécanismes de collecte des données à caractère personnel «PNR».

(61) En 1994, l'accord-cadre sur les bananes que critiquait l'Allemagne était entièrement soustrait à la procédure de consultation du Parlement européen : il s'agissait en effet d'un accord de commerce à l'égard duquel le Parlement ne doit, en règle, qu'être consulté. Cette lacune n'a malheureusement pas été comblée par le Traité de Nice.

que la situation présente un caractère urgent (62). A l'inverse, lorsque le Parlement est amené à prononcer un avis conforme, l'urgence implique qu'il s'entende avec le Conseil sur un délai endéans lequel l'avis doit être rendu (63). Dans l'un et l'autre cas, encore que l'avis constitue un élément substantiel de procédure dont le défaut emporte l'illégalité de l'acte envisagé (64), le Conseil peut valablement conclure l'accord projeté si le Parlement ne rend pas son avis endéans le délai fixé, sans devoir attendre plus longtemps. Ces éléments de procédure sont à mettre en rapport avec le caractère *obligatoire* de la demande d'avis au Parlement; dès lors que le Conseil est contraint de le consulter, il est assez logique de prévoir que le Parlement soit soumis, dans certains cas, à une échéance. Il y va d'une garantie essentielle contre d'éventuelles manœuvres dilatoires.

Devant la Cour de justice, de telles précisions n'existent pas : ni l'article 300 §6, ni le Règlement de procédure de la Cour ne fixent de règles particulières au sujet du délai endéans lequel la Cour doit se prononcer (65). Plus, la pratique de la Cour est établie en ce sens que les procédures accélérées ne sont pas d'application en matière d'avis préventif (66). En d'autres termes, la Cour est libre de rendre ses avis sur la compatibilité de l'accord envisagé quand elle le souhaite. Il est pourtant possible de déceler, dans les avis préventifs de la Cour, certains indices tenant à sa conscience de la nécessité de ne pas se prononcer trop tardivement : dès son avis 1/75, la Cour a affirmé qu'*«il est de l'intérêt des institutions communautaires et des Etats intéressés, y compris les pays tiers, de tirer cette question (celle de la compétence de la Communauté pour conclure un accord) au clair dès l'ouverture des négociations et avant même que les éléments essentiels de l'accord ne soient négociés»* (67). Encore que cet élément du raisonnement ne

(62) Ce faisant, le Conseil est tenu de fixer un délai raisonnable (K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 589).

(63) Art. 300 §3 al.3 du Traité CE.

(64) CJCE, aff. C-138/79, 29 octobre 1980, *Roquette Frères c. Conseil*, Rec. 1980, p. 3333; CJCE, aff. C-139/79, 29 octobre 1980, *Maïzena c. Conseil*, Rec. 1980, p. 3393.

(65) L'article 300 §6 ne visant pas une procédure contentieuse, le principe du délai raisonnable imposé par l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'y applique en principe pas. Pour une application de ce principe par la Cour elle-même, statuant au contentieux de la réformation d'un jugement du Tribunal de première instance des Communautés européennes, voy. CJCE, aff. C-185/95, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, Rec. 1998, p. I-8417.

(66) Voy. *supra*, note 31.

(67) Avis 1/75, précité, point 35.

concernait alors que les questions de compétence, ce que confirmera l'avis 2/94 (68), il pourrait plus généralement signifier que la Cour estime, en fonction de l'urgence et de la complexité d'une affaire, qu'il est toujours préférable qu'elle se prononce plus tôt que plus tard. Ceci se déduit également – cette fois-ci indirectement – d'une lecture combinée des avis 1/75 et 3/94 : décider simultanément que la procédure préventive permet d'éviter les innombrables difficultés qui s'attachent à une annulation de l'acte communautaire portant conclusion de l'accord et qu'une demande d'avis perd son objet dès lors que l'accord envisagé aurait, en cours de procédure, été conclu, revient à admettre qu'un avis précoce évite bien des problèmes (69).

A l'analyse toutefois, la promptitude dont la Cour fait preuve lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis est très variable (70). Ces différences peuvent sans doute s'expliquer, dans une large mesure, par la complexité et la sensibilité des questions posées. Il est néanmoins des cas dans lesquels la Cour fait preuve d'une diligence particulière sur le vu du caractère urgent de la demande. Ainsi, dans l'affaire «PNR», neuf jours seulement après l'introduction de la demande d'avis, la Cour a accordé un délai de cinq semaines aux Etats membres, à la Commission et au Conseil pour formuler leurs éventuelles observations. Il s'agissait sans doute d'un signal qu'en l'occurrence, la Cour souhaitait statuer au plus vite. Cette démarche doit, à n'en pas douter, être mise en relation avec la circonstance que le Conseil lui-même avait fixé des délais d'urgence au Parlement, ce même s'il est douteux que le Conseil – ainsi que la Commission – ont, ce faisant, mis le Parlement en mesure de mener un débat suffisant sur les questions soulevées par l'accord projeté et la décision d'adéquation (71).

(68) CJCE, avis 2/94, *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 28 mars 1996, *Rec.* 1996, p. I-1759.

(69) Sous la réserve qu'il porte sur un accord dont l'objet est connu (*idem*, points 12 et 13).

(70) Quatre mois séparent la demande et l'avis dans le cadre de l'avis 1/75; sept dans le cadre de l'avis 1/76; cinq pour la délibération 1/78 (EURATOM); onze dans le cadre de l'avis 1/78; quatre dans le cadre de l'avis 1/91; dix-neuf dans le cadre de l'avis 2/91; deux dans le cadre de l'avis 1/92; presque trente-et-un dans le cadre de l'avis 2/92; sept dans le cadre de l'avis 1/94; vingt-trois dans le cadre de l'avis 2/94; quatorze dans le cadre de l'avis 3/94; dix-huit mois dans le cadre de l'avis 1/00; dix dans le cadre de l'avis 2/00; enfin, trente-cinq mois dans le cadre de l'avis 1/03.

(71) Est-il réellement conforme au principe de loyauté de demander du Parlement, le 25 mars 2004, qu'il rende son avis sur des questions aussi importantes pour le 22 avril de la même année, soit moins d'un mois plus tard, ce alors même que les problèmes liés aux éventuelles infractions dont se rendent coupables les compagnies aériennes en transmettant des données à caractère personnel aux autorités américaines sont connus depuis le mois de mars 2003?

La Cour n'est certes pas allée jusqu'à fixer une date à laquelle elle rendrait son avis. Il n'en demeure pas moins que les parties, en ce compris le Conseil et la Commission, pouvaient difficilement ignorer la diligence de la Cour, voire même du Parlement, dans cette affaire; un délai bref étant établi pour le dépôt des observations, il ne faisait que peu de doute que la Cour se prononcerait dans les meilleurs délais. Le Conseil et la Commission ont pourtant décidé de forcer le destin du régime «PNR», en adoptant les deux décisions ultérieurement annulées. Indépendamment de l'opinion de ceux qui estiment qu'un effet suspensif s'attache automatiquement à toute demande d'avis (72), le rejet par l'Avocat général du moyen déduit de l'article 10 du Traité CE, sur le vu des circonstances concrètes de l'affaire «PNR», n'allait donc pas de soi.

4. — *De lege ferenda* :
vers un mécanisme de sanction approprié?

4.1. *Une acception particulière du caractère suspensif de la demande d'avis*

Les détracteurs d'un effet suspensif d'une demande d'avis introduite sur le pied de l'article 300 §6 n'ont sans doute pas tort : il se conçoit difficilement que la Cour puisse encore exercer le rôle *préventif* qui lui est confié par cette disposition dès lors que la Communauté est engagée sur le plan international. Si telle est l'acception de la notion de «caractère suspensif», leur thèse est incontournable, malgré qu'elle présente de nombreux inconvénients, sur lesquels il n'est plus besoin d'insister.

L'effet suspensif pourrait néanmoins revêtir des contours différents (73) : il ne s'agirait plus, cette fois, d'analyser le problème du point de vue du droit international – et donc de l'engagement de la Communauté – mais bien du droit communautaire lui-même. Le fondement juridique de l'interdiction de conclure l'accord lorsque la Cour est saisie d'une demande d'avis pourrait être découvert dans l'article 220 du Traité CE. Ce dernier définit en effet de manière générale le rôle de la Cour de justice : elle assure, dans les limites de ses compétences, «le respect du droit dans l'interprétation et l'application» du

(72) E. LERAY, A. POTTEAU, *op. cit.*

(73) Outre les auteurs cités à la note précédente, Piet EECKHOUT a également défendu des solutions plus nuancées que celles proposées par la Cour, tout en admettant que le raisonnement tenu par cette dernière dans son avis 3/94 était dans une certaine mesure «correct» (P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 231 et 232). L'auteur se limite toutefois à affirmer que des problèmes du type de ceux posés lors de l'affaire de l'accord-cadre sur les bananes ne peuvent trouver une solution que si l'ensemble des acteurs en présence se concertent.

Traité. Or, cette disposition devrait pouvoir trouver un écho dans la procédure préventive : lorsque la Cour est saisie d'une demande d'avis, il est du devoir des institutions communautaires et des Etats membres de ne pas l'empêcher d'attirer l'attention sur les éventuels problèmes juridiques que l'accord envisagé pose au regard du droit communautaire. Conclure l'accord international en projet, en court-circuitant le rôle de la Cour, revient dès lors à porter atteinte à l'équilibre des relations interinstitutionnelles établi par le droit primaire et, partant, à transgresser une règle essentielle d'organisation communautaire.

Une fois envisagée sous cet angle, la réalité apparaît de façon très différente : il ne s'agit plus tant de s'évertuer à trouver dans la suspension de la procédure d'élaboration de l'accord un moyen d'éviter *directement* les inconvénients liés tantôt à une contestation judiciaire de l'accord conclu, tantôt à des discussions incidentes quant à sa validité, mais bien d'inciter les institutions communautaires responsables de la représentation internationale de la Communauté à respecter l'ordre procédural établi par le Traité communautaire. Autrement dit, il s'agit de sanctionner l'institution (74) qui conclurait un accord sans attendre que la Cour ne se soit prononcée. A moyen ou à long terme, l'effet de cette sanction pourrait être, *indirectement*, d'éviter des passages en force tels que celui du Conseil dans l'affaire «PNR». Mais quelles sanctions sont-elles concevables et quels mécanismes de compensation – s'ils devaient s'avérer indispensables – permettraient-ils de garantir la préservation tant de l'équilibre institutionnel que de la bonne marche des relations internationales de la Communauté?

4.2. Des mécanismes de sanction alternatifs

Sur le plan des sanctions envisageables, il en est deux qui paraissent pouvoir être soulevées en l'état actuel du droit communautaire (75), encore qu'elles se rattachent invariablement au concept d'illégalité.

(74) Singulièrement le Conseil, mais aussi la Commission lorsqu'elle entend conclure elle-même un accord (sur cette dernière question, voy. E. BARONCINI, «La Cour de justice et le *treaty making power* de la Commission européenne depuis l'Accord de coopération dans l'application des régimes antitrust jusqu'à l'Accord sur les orientations en matière de coopération normative et de transparence», *Rev. dr. UE*, 2006, liv. 2, pp. 369 à 430).

(75) L'obligation de réparer les dommages causés par les institutions communautaires (art. 288 du Traité CE) ne paraît pas devoir être prise en considération. En premier lieu, elle ne trouve pas à s'appliquer entre institutions de la Communauté, étant les organes d'une seule et même personne juridique. En second lieu, le dommage créé par un passage en force institutionnel tel que celui du Conseil et de la Commission dans l'affaire «PNR» est difficilement quantifiable; il s'agit davantage d'un préjudice de nature politique que civile. Quant au recours en carence (art. 232 du Traité CE), il est ici, pour des raisons évidentes, inopérant.

Une solution pourrait être de prononcer, lors d'un recours ultérieur, la nullité de l'acte de conclusion pour le seul motif que l'avis de la Cour n'a pas été attendu : s'agissant d'un élément de procédure de nature constitutionnelle, son inobservance emporterait l'anéantissement de l'acte à l'origine de l'engagement international de la Communauté (76). L'argument a néanmoins été implicitement mais fermement rejeté par la Cour de justice : en refusant d'imposer au Conseil d'attendre son avis pour conclure l'accord envisagé, la Cour a exclu, dans son avis 3/94, qu'une cause d'annulation puisse être identifiée à ce niveau. Dans l'affaire «PNR», par contre, l'absence d'avis 1/04 nous prive d'une confirmation de ce point de vue, encore que ce dernier a été entériné par l'Avocat général dans ses conclusions précédant les arrêts C-317 et 318/04. Une variante consisterait, à l'image de ce qu'a tenté le Parlement dans l'affaire «PNR», à dénoncer dans ces circonstances la rupture du principe de loyauté communautaire, ce qui devrait également permettre d'invalider l'acte de conclusion (77).

Ces sanctions pourraient très bien ne revêtir qu'un effet limité.

Tout d'abord, nombreux risquent d'être les cas où le Conseil tentera le tout pour le tout en passant outre à la saisine préventive de la Cour, puisque la procédure en annulation demeure toujours aléatoire, tant dans son principe que dans son issue.

Ensuite, la Cour, dans les limites de la requête, demeure maîtresse des moyens dont elle entend faire usage en vue d'annuler l'acte déféré à sa censure ; or, il est très probable qu'elle sera tentée, dans la majorité des cas, d'invalider l'acte de conclusion sur une base plus convaincante que l'impatience dont a fait preuve l'institution qui l'a adopté. Elle pourrait d'ailleurs être en cela inspirée par l'Etat membre ou l'institution qui tente d'obtenir l'annulation de l'acte de conclusion (78). Il n'est pas difficile de concevoir que la Cour préfère, à l'instar de ce qu'elle a fait dans son arrêt «PNR» du 30 mai 2006, invalider l'acte pour des motifs tels que l'incompétence de la Communauté, le choix d'une base juridique erronée, voire même une incompatibilité de fond avec le Traité.

Par ailleurs, même pour le cas où l'acte de conclusion ne serait annulé que pour le seul motif que l'avis de la Cour n'a pas été attendu, le Conseil aurait tout loisir de vanter que la juridiction com-

(76) Voy. not. E. LERAY et A. POTTEAU (voy. *supra*).

(77) Sur l'invocabilité de ce moyen à l'encontre d'une institution communautaire, voy. les arrêts cités à la note 58 *supra*. Voy. égal. les conclusions de l'Avocat général Philippe LEGER dans l'affaire «PNR», précitées, point 314.

(78) La relative maladresse du Parlement dans l'ordonnement de ses moyens a été soulignée (V. MICHEL, *op. cit.*, p. 550).

munautaire n'a pas dénoncé dans l'accord conclu une incompatibilité matérielle avec les traités originaires. Il serait dès lors bien avisé de conclure rapidement le même accord international : la Cour n'étant à ce moment, par hypothèse, plus saisie d'une demande d'avis préventive, le motif qui justifiait l'annulation du premier acte conclusif disparaîtrait comme par enchantement!

Enfin, ériger la méconnaissance du caractère suspensif de la procédure d'avis préventive en moyen d'annulation autonome ne manquerait pas d'une certaine contradiction. En effet, la Cour de justice a depuis toujours souligné que cette procédure permettait d'atténuer, voire d'empêcher, les dommages qu'est susceptible de causer une annulation communautaire de l'accord international. Il serait donc pour le moins singulier de sanctionner la méconnaissance de l'un des principes essentiels de la procédure préventive – l'obligation qui pèse sur les institutions législatives de la Communauté de retenir la conclusion de l'accord tant que la Cour de justice n'a pas rendu son avis – par le résultat même que cette dernière entend éviter, à savoir l'anéantissement de l'acte de conclusion.

A elles seules, ces pistes sont donc incapables, selon nous, d'aboutir à l'objectif poursuivi.

D'autres voies mériteraient d'être explorées (79). L'une d'entre elles consisterait en la possibilité offerte à la Cour de justice, dans le cadre d'une demande d'avis préventive, d'ordonner la suspension de la procédure de conclusion (80). La question a déjà été posée en doctrine de savoir si les articles 242 et 243 du Traité CE pouvaient être utilisés

(79) Une solution audacieuse consisterait en l'introduction d'une nouvelle voie de recours, visant à obtenir la condamnation directe d'une institution communautaire qui méconnaîtrait gravement une règle communautaire de nature constitutionnelle. La sanction revêtirait la forme d'une amende. Il ne s'agirait toutefois pas de généraliser cette procédure à l'encontre des institutions communautaires. En effet, les recours en carence, en annulation et en responsabilité de la Communauté suffisent à résoudre la plupart des problèmes qui se posent dans la pratique. Le manquement d'institution se limiterait aux cas de méconnaissance les plus graves, et qui plus est là uniquement où les voies de recours précitées sont insatisfaisantes. Les limites de la présente contribution ne permettent toutefois pas d'examiner en détail les implications potentielles d'un tel amendement des procédures juridictionnelles communautaires.

(80) Pendant un délai éventuellement limité, voy. *infra*. Pour un aperçu récent des problèmes liés à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de mesures provisoires, voy. O. DE SCHUTTER, «Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif», *J.T.D.E.*, 2006, liv. 4, pp. 97 et s.; D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law International – European Monographs, 2006, spéc. pp. 40 et 41.

dans le cadre d'une procédure d'avis préventive (81). L'article 242 est inapplicable en l'espèce, puisqu'aucune «partie» n'«attaque» un acte dans le cadre d'un «recours» devant la Cour (82) et que, pour le surplus, il n'est pas question de suspendre les «effets» d'un acte mais bien d'en empêcher l'existence (83). A l'inverse, lorsqu'il précise que «(d)ans les affaires dont elle est saisie, la Cour de justice peut prescrire les mesures provisoires nécessaires», l'article 243, confirmé en cela par le Règlement (84), semble pouvoir englober toutes les procédures dont est appelée à connaître la Cour de justice, en ce compris celle visée à l'article 300 §6. Cette suspension pourrait être ordonnée lorsqu'un risque de préjudice grave peut être identifié pour le cas où l'accord envisagé serait conclu et présenterait, suite à un premier examen, des problèmes de compatibilité au Traité (85).

Dans une telle circonstance, il pourrait être soutenu que, quand bien même le Conseil déciderait de passer outre l'injonction de la Cour, le consentement à la conclusion de l'accord est vicié : l'existence de l'engagement international dépend en effet de l'acte de conclusion et celui-ci est spécialement (et temporairement) empêché par une ordonnance de la Cour de justice. Même si le co-contractant venait en un tel cas à soulever le principe *pacta sunt servanda*, il paraît que la théorie des ratifications imparfaites, synthétisée à l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités entre les Etats et les organisations internationales ou entre les organisations internationales elles-mêmes, viendrait au secours de la Communauté, à la condition que l'ordonnance de suspension soit rendue publique. Ce tiers devait savoir que la Cour de justice avait provisoirement interdit la conclusion d'un accord au nom de la Communauté : le fait de ne pas respecter cette interdiction pourrait donc bel et bien constituer la

(81) R. PLENDER, «The European Court's Pre-Emptive Jurisdiction : Opinions under Article 300(6) EC», in D. O'KEEFE, A. BAVASSO (ed.), *Judicial Review in European Union Law-Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000, pp. 213 à 215.

(82) CJCE, Règlement de procédure, art. 83 §1 al.1. Sur cette argumentation, voy. R. PLENDER, *idem*.

(83) Il est admis que seule la suspension des effets d'un acte «en vigueur» est possible au titre de l'article 242 du Traité CE (E. VAN GINDERACHTER, «Le référé en droit communautaire», *Rev. Dr. de l'U.L.B.*, 1993, liv. 1, p. 118).

(84) Règlement de procédure de la Cour, art. 83 §1 al.2. Cet article ne parle en effet plus de «recours» mais simplement d'«affaire».

(85) Pour une défense de ce point de vue, voy. G. GATTINARA, «La compétence consultative de la Cour de justice après les avis 1/00 et 2/00», *R.D.U.E.*, 2003, liv. 3, p. 739.

«méconnaissance manifeste» d'une «règle fondamentale» concernant «la compétence pour conclure des traités» (86).

Toujours est-il que cette construction, pour souhaitable qu'elle puisse être, risque bien de demeurer lettre morte. La jurisprudence de la Cour de Luxembourg est en effet établie en ce sens que l'article 243 du Traité CE ne peut être utilisé pour exercer une prérogative qui est principalement reconnue à une autre institution, à peine de rompre l'équilibre institutionnel de la Communauté (87). En l'absence d'une règle de droit primaire prévoyant clairement la faculté de suspendre la procédure de conclusion d'un accord communautaire lorsque la Cour de justice est saisie d'une demande d'avis, il est douteux que la Cour puisse bloquer elle-même cette procédure sans empiéter sur les prérogatives politiques du Conseil ou de la Commission. Ceci explique sans doute que la Cour n'ait jamais évoqué d'initiative, dans le cadre de ses avis préventifs, la procédure de l'article 243.

4.3. *Un mécanisme de compensation : corollaire indispensable à la bonne marche des relations extérieures de la Communauté?*

Ainsi qu'il a été relevé plus haut, le caractère en principe obligatoire des demandes d'avis au Parlement a justifié l'insertion dans le Traité de règles encadrant leur prononcé *ratione temporis*. Par analogie, il peut être difficilement nié que la consécration d'une obligation pour le Conseil – ou, plus exceptionnellement, la Commission – d'attendre l'avis de la Cour de justice avant de conclure l'accord envisagé, que certains souhaitent voir inscrite dans le Traité même (88), requiert à titre compensatoire que la Cour ne tarde pas à l'exprimer, faute de quoi la Communauté risque de perdre encore un peu plus une crédibilité internationale suffisamment menacée. La Cour était sans doute sur la bonne voie dans la procédure qui aurait dû donner lieu à l'avis 1/04. La fixation d'un délai bref pour que les parties déposent leurs mémoires procédait de l'intention louable de traiter l'affaire séance tenante.

(86) Art. 46 §2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales. Sur cette question, voy. D. VERWEY, *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties*, The Hague, TMC Asser Press, 2004, pp. 87 et s.; J. CHARPENTIER, «Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclus par la Communauté», *Rev. du Marché Commun*, 1997, pp. 417 à 419; P.-Y. MONJAL, «La guerre des droits aura-t-elle lieu?...», *op. cit.*, pp. 252 à 262.

(87) K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *op. cit.*, p. 420 et la jurisprudence citée en note 9.

(88) G. GATTINARA, *op. cit.*, p. 739.

Il serait pourtant envisageable d'aller beaucoup plus loin, à tout le moins dans les cas où une certaine urgence est démontrée. Il pourrait être imaginé que la Cour, par la voie de son Président, fixe dans les jours ou semaines qui suivent sa saisine sur le pied de l'article 300 §6 un délai précis endéans lequel elle rendra son avis (89). La généralisation du caractère suspensif de ces demandes devrait pouvoir justifier un traitement particulièrement vif de ces affaires, ce d'autant qu'elles demeurent assez anecdotiques dans la pratique (90).

De lege ferenda, il serait utile que le Traité fixe en la matière des règles qui assurent une certaine sécurité juridique. Ainsi, il pourrait être conçu que le Traité non seulement formalise le système de fixation préliminaire de la date du prononcé dans les cas qui font apparaître une réelle urgence, tel qu'il vient d'être décrit, mais qu'en plus il détermine un délai au-delà duquel l'institution compétente pourra en tout état de cause faire le choix de conclure l'accord envisagé, nonobstant l'absence d'avis de la Cour. Un compromis serait de la sorte éventuellement dégagé : d'un côté, les passe-droits ne seraient par principe plus admis et la Cour serait en mesure de mettre pleinement en œuvre sa compétence préventive; de l'autre, le risque de «paralysie» (91) de l'activité conventionnelle de la Communauté serait évité, puisque ses (futurs) co-contractants disposeraient d'informations claires tant sur l'étendue du «retard» de la procédure dû à la saisine de la Cour que sur les éventuels problèmes de compatibilité au droit communautaire de l'accord projeté.

(89) Cette date pourrait être fixée après réception des observations écrites des parties et après concertation entre les juges et les avocats généraux. A notre estime, en effet, la complexité et la sensibilité de l'affaire sont à ce moment suffisamment connues que pour que la Cour puisse évaluer le temps nécessaire à la confection de son avis. Notons que l'art. 108 §2 du Règlement de procédure prévoit que tous les avocats généraux doivent être entendus. Dans la pratique, toutefois, des conclusions communes sont élaborées sur la base d'une concertation entre les huit avocats généraux.

(90) Ainsi, au moment de clôturer la rédaction de cet article (février 2007), la Cour n'avait-t-elle plus reçu de demande d'avis depuis celle du Parlement dans l'affaire PNR, datant du premier semestre 2004. L'amélioration de la procédure, qui se fait attendre avec une impatience grandissante, pourrait néanmoins avoir pour effet d'augmenter le nombre de demandes d'avis.

(91) Cette expression est empruntée à E. LERAY et A. POTTEAU, *op. cit.*, p. 542.

II. — La limitation des effets d'un arrêt de la Cour prononçant l'annulation d'un acte portant conclusion d'un accord international de la Communauté

Prenant certes appui sur les opportunités procédurales offertes par l'accord «PNR» et la décision d'adéquation qui l'accompagnait (A), l'arrêt que la Cour de justice a prononcé le 30 mai 2006 n'en est pas moins remarquable sur le plan des effets attachés à l'annulation (B).

A. — LES OPPORTUNITÉS PROCÉDURALES OFFERTES PAR L'ACCORD «PNR» ET LA DÉCISION D'ADÉQUATION

L'article 231 al.2 du Traité CE autorise la Cour à stipuler les effets de l'acte annulé qu'elle entend préserver. Toutefois, si la Cour a déjà eu l'occasion d'admettre l'application de cette prérogative aux arrêts d'annulation d'un acte portant conclusion d'un accord international (92), c'est la première fois qu'elle «*examine les conditions de dénonciation de l'accord pour définir les effets dans le temps de son arrêt*» (93).

On se souviendra des discussions animées de certains avocats généraux de la Cour, aux prémisses de l'admission des voies de recours contentieuses contre les actes portant conclusion d'un accord communautaire. Quand l'un estimait que la question liée à la dénonciation en droit international public de l'accord communautaire ne se posait que «*plus tard*» – c'est-à-dire suite à la dénonciation – et était en tout état de cause «*réglé(e) de manière appropriée (...) par l'article 46 de la Convention de Vienne du 21 mars 1986*» (94), un autre recommandait, par «*souci de clarté*», que la décision de conclusion soit maintenue en vigueur (95) tandis qu'un troisième préconisait que la Cour décide, «*le cas échéant, sur la base du droit international public, notamment la convention de Vienne (précitée), si l'annulation d'un acte interne*

(92) Sur cette question, voy. J. CHARPENTIER, *op. cit.*, pp. 417 et 418, commentant not. l'arrêt 360/93 (CJCE, aff. C-360/93, 7 mars 1996, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1996, p. I-1195). Pour une application, voy. égal. CJCE, aff. C-159/96, 19 novembre 1998, *Portugal c. Commission*, Rec. 1998, p. I-7379; CJCE, aff. C-211/01, précitée.

(93) F. MARIATTE, *op. cit.*, p. 6. Tout au plus la Cour avait-elle souligné, dans son arrêt 211/01 du 11 septembre 2003, qu'«*(i)l est constant que le contenu d'accords internationaux ne saurait être modifié unilatéralement, sans que soient engagées de nouvelles négociations entre les parties contractantes*» (point 55).

(94) Concl. de Mr. l'Avocat général TESAURO présentées dans l'affaire C-327/91 le 16 décembre 1993, point 12.

(95) Concl. de Mr. l'Avocat général LENZ présentées dans l'affaire C-165/87 le 29 juin 1988, points 35 et 36.

approuvant un accord international implique que la Communauté est libérée, sur le plan du droit international, des obligations internationales qui lui incombent en vertu de l'accord» (96).

Cette première allusion claire de la Cour elle-même ne doit pourtant pas leurrer. Comme le souligne très justement Flavien MARIATTE, la Cour n'a examiné cette question que sur le plan de la limitation des effets de l'arrêt et non pas en amont, sur le principe même de la compétence d'annulation (97). Pour le surplus, cette décision pourrait n'être que le reflet d'une opportunité procédurale offerte par la corrélation entre les deux décisions annulées. En effet, l'accord «PNR», dans sa première mouture, prévoyait un aménagement important au principe du *pacta sunt servanda*, puisqu'il reconnaissait à chacune des parties la faculté de dénoncer l'accord unilatéralement, moyennant le respect d'un préavis de quatre-vingt-dix jours (point 7). Néanmoins, dans le même temps, le droit d'accès aux données «CBP» et aux données «PNR» n'existe qu'aussi longtemps que la décision d'adéquation est applicable. La Cour a donc décidé de maintenir les effets de cette dernière «*jusqu'au 30 septembre 2006, sans toutefois que ces effets soient maintenus au-delà de la date d'extinction de l'accord*» (98).

Sous ces réserves, l'arrêt fournit des solutions intéressantes, dont il convient d'examiner la justification et la portée.

B. — LES ENSEIGNEMENTS DE L'ARRÊT DE LA COUR DU 30 MAI 2006

1. — *Vers un apaisement de la controverse relative aux effets passés des arrêts d'annulation d'un acte conclusif d'accord communautaire?*

L'attitude de la Cour appelle plusieurs remarques, que l'on peut décomposer en suivant l'ordre de réflexion qu'elle emprunte dans son arrêt.

En premier lieu, «la Communauté ne peut invoquer son propre droit comme justifiant la non-exécution de l'accord qui reste applicable pendant le délai de quatre-vingt-dix jours à compter de sa dénonciation» (99). Ce seul segment appelle déjà diverses remarques.

(96) Concl. de Mr. l'Avocat général ELMER présentées dans l'affaire C-122/95 le 24 juin 1997, point 43.

(97) F. MARIATTE, *op. cit.*, p. 7, spéc. le point 22.

(98) Point 74 de l'arrêt. Cette attitude de la Cour, qui consiste à maintenir les effets des arrêts au-delà de la déclaration de l'annulation, n'est pas exceptionnelle.

(99) Point 73, première phrase.

Il exprime tout d'abord l'idée que l'annulation par la Cour de justice de l'acte par lequel la Communauté a exprimé définitivement son consentement à être engagée n'est pas de nature à faire disparaître les obligations qui en découlent. Une telle disparition a pour seul résultat de contraindre les autorités communautaires compétentes à le dénoncer. Sinon, le recours par la Cour de justice aux points 1 et 2 de l'accord international, après en avoir annulé l'acte de conclusion communautaire, n'aurait aucun sens. Cette interprétation est par ailleurs confortée par la référence faite plus loin au «*délai nécessaire à l'adoption des mesures que comporte l'exécution (de l') arrêt*» (100).

La Cour semble, en affirmant sans autre précision que la Communauté «*ne peut invoquer son propre droit*» pour justifier l'inexécution de l'accord international, rejeter d'un revers de la main la faculté de s'en remettre à l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, lequel renferme la théorie dite des «*ratifications imparfaites*» (101). Le caractère très général de cette affirmation donne à penser que la Cour tient par principe la Communauté européenne pour responsable lorsque cette dernière dénonce unilatéralement un accord. Si la brièveté de cette argumentation traduit la volonté de la Cour de justice de ne pas fournir une solution définitive au problème (102), l'arrêt du 30 mai 2006 pourrait être un signal fort donné aux institutions communautaires, compétentes pour la conclusion des accords internationaux, qu'elles ne doivent pas compter sur elle pour leur fournir un argumentaire préconstruit autour de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1986, qui objectiverait leur éventuel plaidoyer en vue d'éviter la mise en œuvre de la responsabilité internationale de la Communauté. Notons que le contexte dans lequel s'est inscrit l'arrêt est important : à peine de se contredire de manière manifeste par rapport aux objectifs poursuivis par la procédure préventive, la Cour pouvait difficilement s'immiscer dans

(100) Point 73, seconde phrase.

(101) D'aucuns pourraient objecter que la discussion est en l'espèce biaisée, voire inutile, puisque l'accord prévoit lui-même une faculté de dénonciation unilatérale. Le problème ne se présente toutefois pas de façon aussi simple en l'espèce, puisque la prolongation de l'exécution de l'accord durant les quatre-vingt dix jours qui suivent sa dénonciation n'est possible que pour autant que les effets de la décision d'adéquation sont temporairement maintenus. Il était donc théoriquement possible que la responsabilité internationale de la Communauté soit mise en jeu si la Cour ne limitait pas les effets de son arrêt.

(102) Il ne paraît pas que la Cour de justice puisse, en sa qualité de juridiction communautaire, se substituer aux institutions politiques de la Communauté pour adopter un point de vue quant à la mise en œuvre dans un cas précis de la théorie des ratifications imparfaites.

un délicat examen de la recevabilité et de l'applicabilité au cas d'espèce de la théorie des ratifications imparfaites. Une telle démarche aurait pu, en effet, être perçue comme la consécration du souci de protéger le Conseil, malgré son passage en force, ce qui n'eut fait que renforcer son sentiment d'impunité. En tout état de cause, un arrêt de la Cour de justice, acte dérivé de rang communautaire, qui reconnaîtrait l'admissibilité et le fondement de la théorie des ratifications imparfaites dans un cas déterminé, n'aurait pas pour effet de délier la Communauté sur le plan international.

En second lieu, la Cour poursuit : « (...) et d'autre part, au lien étroit existant entre l'accord et la décision d'adéquation ». Cette phrase reflète le caractère potentiellement fortuit de l'application que la Cour propose de la limitation des effets de son arrêt d'annulation : exceptionnellement, la Cour a aperçu la possibilité, non pas seulement d'atténuer, mais d'éviter une rupture des obligations internationales de la Communauté. Elle y a été encouragée par des impératifs de sécurité juridique et par la volonté de préserver les droits des personnes concernées (103). Plus encore, la Cour semble avoir fait preuve d'autant moins de gêne qu'elle avait la possibilité de parvenir à ses fins en ne limitant aucunement les effets de l'annulation de la décision portant conclusion de l'accord.

En troisième lieu, si la validité de la décision d'adéquation est prolongée jusqu'au 30 septembre 2006, cette extension ne doit pas être maintenue « au-delà de la date d'extinction de l'accord » (104). Dans la mesure où quatre mois séparent l'arrêt de la Cour de la date-butoir, un délai indicatif de un mois (jusqu'à la fin du mois de juin 2006) est accordé aux institutions compétentes pour dénoncer l'accord (105). La

(103) Il s'agit, à notre estime, non seulement des particuliers (singulièrement les compagnies aériennes établies en Europe et tenues de fournir aux douanes américaines les données à caractère personnel) mais aussi du tiers contractant, en l'occurrence les États-Unis.

(104) Point 74 de l'arrêt.

(105) La Cour quantifie donc ici ce qu'elle estime devoir être un délai « raisonnable » pour l'exécution de son arrêt d'annulation (CJCE, aff. C-266/82, *Turner c. Commission*, 12 janvier 1984, *Rec.* 1984, p. 1, point 5; CJCE, aff. C-21/94, *Parlement c. Conseil*, 5 juillet 1995, *Rec.* 1995, p. I-1827, points 31 à 33; CJCE, aff. C-392/95, *Parlement c. Conseil*, 10 juin 1997, *Rec.* 1997, p. I-3213, points 26 et 27; CJCE, aff. C-164 et 165/97, *Parlement c. Conseil*, 25 février 1999, *Rec.* 1999, p. I-1139, points 22 à 24; CJCE, aff. C-178/03, *Commission c. Parlement et Conseil*, 10 janvier 2006, *Rec.* 2006, p. I-107, points 62, 64 et 65; TPICE, aff. T-73/95, *Oliveira c. Commission*, 19 mars 1997, *Rec.* 1997, p. II-381, points 41 à 47; TPICE, aff. T-81/95, *Interhotel c. Commission*, 14 juillet 1997, *Rec.* 1997, p. II-1265, points 64 à 66). La simplicité d'une dénonciation de l'accord international – à tout le moins sur le plan formel – explique sans doute ce délai assez court.

Commission a, à cette suite, tenté que cette dénonciation intervienne avant la fin du mois de juin (106) mais la notification aux autorités américaines compétentes ne date que du trois juillet (107), avec effet au trente septembre, soit un peu moins que les quatre-vingt-dix jours de préavis exigés par l'accord. La limitation des effets de l'arrêt d'annulation est donc réduite à son strict minimum, puisque la prolongation des effets de la décision d'adéquation est subordonnée au terme fixé pour la dénonciation de l'accord.

Enfin, au moment où la Cour de justice s'est prononcée, le système de collecte et d'échange de données «PNR» était en vigueur depuis deux ans. Or, l'arrêt ne dit mot quant aux effets passés des annulations qu'il prononce. Cette question est pourtant essentielle puisqu'elle porte sur le cadre dans lequel les compagnies aériennes ont mis à la disposition des autorités américaines des données relatives à leurs passagers avant le 30 mai 2006.

L'absence totale de limitation des effets de l'annulation de l'acte portant conclusion de l'accord «PNR» est instructive : si la Cour juge suffisant de «rectifier» les effets de son arrêt d'annulation à l'égard de la seule décision d'adéquation, c'est bien qu'implicitement, elle admet que les effets ou, plus exactement, l'effet unique de l'acte de conclusion de l'accord communautaire (l'engagement de la Communauté) est définitivement acquis, et que son arrêt ne saurait rien y changer immédiatement. Ceci semble être le fruit d'une évolution de la jurisprudence en matière de limitation des effets liés à l'annulation d'actes conclusifs d'accords communautaires (108). Autrement dit, la Cour ne restreint les effets de son prononcé qu'à l'égard de la décision d'adéquation, qui produit donc ses effets dans le passé et également, pour une durée déterminée, dans l'avenir. Par contre, la Cour ne dit mot sur l'acte portant conclusion de l'accord. Or, une limitation des effets d'un arrêt

(106) *Doc. Commission européenne*, communiqué de presse du 19 juin 2006, IP/06/800, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/800&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>.

(107) *Doc. Conseil*, Notification de la dénonciation de l'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert des données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, 28 juillet 2006, n° 11664/06.

(108) En effet, si les termes de l'arrêt C-360/93 du 7 mars 1996, précité, se rapprochaient de la justification habituelle de la Cour pour limiter les effets de ses arrêts d'annulation (sécurité juridique, conséquences budgétaires ou financières graves, etc.), l'arrêt C-211/01 du 11 septembre 2003, également précité, se montrait plus audacieux en introduisant dans les motifs explicitant le recours à la faculté de limitation la considération que le contenu des accords internationaux ne saurait être modifié unilatéralement (point 55).

d'annulation ne se présume pas et si l'annulation de l'acte conclusif du Conseil avait eu pour conséquence de priver l'accord de ses effets depuis sa conclusion, la Cour aurait dû, pour parvenir à l'objectif qu'elle s'assigne, limiter également les effets de l'annulation dudit acte (109). Il y va, selon nous, d'une admission détournée du sens unique de la controverse relative à la limitation des effets des arrêts d'annulation de l'acte conclusif; quels que soient les termes de l'arrêt de la Cour, l'accord international existe et, tant qu'il n'a pas été dénoncé, il produit ses effets, à cette seule nuance près qu'à dater de l'annulation (110), nul ne peut plus s'en prévaloir (111).

Ceci revient à dire qu'une transposition pure et simple de la jurisprudence de la Cour relative à la limitation des effets d'un arrêt d'annulation d'un acte ne créant pas d'obligations internationales pour la Communauté serait utopique, car dans une telle situation, l'invalidation avec effet rétroactif de la norme interne n'empêche aucune incohérence en soi. Simplement, si la Cour ne limite pas les effets de son arrêt en faisant application du second alinéa de l'article 231 du Traité CE, l'acte sera censé n'avoir jamais existé (112). A

(109) Ceci semble être la raison du mutisme de la Cour. Notons qu'un auteur s'était insurgé contre la perspective que la Cour puisse limiter les effets d'un arrêt prononçant l'annulation d'un acte de conclusion d'un accord communautaire pour l'avenir. Il se fondait sur la circonstance qu'en un tel cas, l'invalidité de l'acte de conclusion – et, par voie de conséquence, de l'accord lui-même – est suffisamment claire que pour que les citoyens n'y aperçoivent plus un soutènement juridique à leurs comportements (J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 418). Ce même auteur concédait néanmoins que la Cour maintient très souvent les effets de l'acte annulé jusqu'au moment où le Conseil le remplace par un «texte régulier». Cette question ne se pose pourtant pas dans les mêmes termes ici puisque la Cour ne touche pas aux effets de l'annulation de l'acte de conclusion de l'accord «PNR», mais seulement de la décision d'adéquation.

(110) Sous la réserve des cas dans lesquels la Cour prolonge la validité de l'acte annulé jusqu'à ce qu'il soit pourvu à son remplacement.

(111) Joël RIDEAU estimait, dès 1991, que les effets d'une telle annulation se concentrent surtout sur la période postérieure à l'arrêt, au cours de laquelle l'accord se doit d'être dénoncé et perd sa valeur référentielle : «(s)ur le plan international, l'imperfection de la conclusion et l'annulation, qui en est la sanction, seront inopposables aux cocontractants de la Communauté mais, au sein de l'ordre juridique communautaire, l'acte qui avait permis l'engagement de la Communauté aura disparu de l'ordonnement juridique et l'applicabilité de l'accord international sera mise en cause. Pour corriger cette situation, en attendant que le Conseil adopte une nouvelle décision conforme à l'arrêt d'annulation, la seule solution passe par un recours à l'article 174, §2», soit l'actuel article 231 §2 (J. RIDEAU, «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la CJCE», *RGDIP*, 1990, p. 399). Voy. égal. P. PESCATORE, «Les relations extérieures des Communautés européennes», *Hague Academy of International Law, RCADI*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1961, p. 128.

(112) Sur cette question, voy. *infra*, point II.B.2.

l'inverse, s'il fallait admettre que l'annulation d'un acte conclusif d'un accord international rend illégales toutes les situations nées sous son empire, une contradiction fondamentale apparaîtrait entre l'illégalité attestée en droit communautaire et la validité internationale de l'accord, à laquelle la Cour de justice n'est pas susceptible de porter atteinte (113). Tenter de découpler les effets «internationaux» et «communautaires» de l'annulation relève donc, *pour la période qui précède l'arrêt*, de l'inutile tout autant que de l'impossible. Une limitation des effets *pour l'avenir* présente, quant à elle, un intérêt certain : elle permet aux institutions communautaires compétentes de renégocier l'accord et, partant, d'éviter une période d'insécurité, postérieure à l'arrêt et antérieure à l'entrée en vigueur du nouvel accord. A nouveau, il paraît ici difficile d'établir un parallélisme avec la limitation des effets des arrêts d'annulation d'un acte ne créant pas d'obligations internationales à charge de la Communauté. Dans ce dernier cas, en effet, la mise à exécution de l'arrêt d'annulation, et plus spécifiquement l'adoption d'un nouvel acte remplaçant l'acte annulé tout en corrigeant la/les illégalité(s) constatée(s), appartient aux institutions communautaires et à elles seules (114). Il en va tout autrement de la conclusion d'un nouvel accord international : si l'annulation – sur le plan formel – frappe la décision de conclusion, le ou les mobile(s) d'annulation affecte(nt) l'accord lui-même, acte bi- ou multilatéral dont l'amendement dans le sens voulu par la Cour de Luxembourg ne peut être dicté par la Communauté seule.

L'arrêt du 30 mai apporte néanmoins une nuance remarquable, fruit des hasards de la procédure : la prorogation du régime n'est permise que pour une période précisément définie, et non pas laissée à la discrétion du Conseil et de la Commission. Ceci répond directement aux critiques de certains, qui avaient qualifié les arrêts de la Cour maintenant les effets des actes annulés jusqu'à leur remplacement de «*gymnastique juridique*», qui plus est «*dérisoire*», puisque la/les institution(s) à l'origine de l'acte annulé avaient tout loisir de se retrancher derrière les aléas des négociations internationales pour retarder la dénonciation de l'accord, et donc la mise à exécution de l'arrêt (115).

(113) J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 399.

(114) La marge de manœuvre des institutions communautaires peut être, certes, limitée dans le cas d'un contrat conclu par la Communauté avec des personnes privées.

(115) J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 400. Ceci ne pouvait bien entendu se faire que sous la réserve d'un contrôle de la Cour tenant au caractère raisonnable du délai nécessité par la négociation et la conclusion d'un nouvel accord.

2. — *Les conséquences de la limitation des effets ratione temporis de l'annulation d'une décision conclusive sur les actes d'exécution et les accords similaires*

Une dernière question doit être abordée. Si l'on admet que l'annulation d'un acte conclusif d'accord communautaire n'a d'effets que pour l'avenir – voire que la Cour suspend ces derniers durant le laps de temps nécessaire au remplacement de l'acte annulé – qu'en est-il des éventuelles mesures d'exécution adoptées avant l'arrêt d'annulation ainsi que des autres accords élaborés sur le même modèle?

Pour ce qui est des actes d'exécution, il est admis que la disparition d'un acte emporte également l'anéantissement, ou plus précisément la caducité, de tout ce qui est fondé sur lui : les actes qui ont été pris sur la base de la disposition annulée doivent donc, en principe, être retirés (116). Dans certaines circonstances, ce retrait opère avec effet rétroactif (117). Si la Cour reporte les effets de l'annulation à la date

(116) CJCE, aff. C-21/86, 17 février 1987, *Samara c. Commission*, Rec. 1987, p. 795, point 7; CJCE, aff. C-22/96, 28 mai 1998, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1998, p. I-3231, point 42 : par cet arrêt, la Cour décide expressément de maintenir les effets des décisions mettant en œuvre l'acte annulé, ce qui démontre indirectement que de telles mesures d'exécution disparaissent en principe pour le cas où la Cour ne ferait pas usage de l'article 231, al. 2 du Traité CE. La doctrine s'est intéressée à la question de savoir si les actes réglementaires adoptés en exécution de l'acte annulé ne devaient pas être tenus pour anéantis de plein droit suite à l'arrêt d'annulation, sans requérir l'intervention de l'institution à l'origine de tels actes. Dans un article fondateur, Emil PAULIS défendait cette conclusion (E. PAULIS, «Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de justice des Communautés européennes», *Cah. dr. eur.*, 1987, pp. 245 et 246), tout en admettant que les traditions des Etats membres allaient plutôt dans le sens contraire, bornant les effets automatiques de l'arrêt d'annulation au seul acte annulé (*idem*, p. 245; tel est en effet le cas en droit administratif belge, voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 733). Avec d'autres auteurs, il nous paraît que cette seconde solution, davantage respectueuse de la séparation des attributions entre institutions communautaires, doit être privilégiée. Elle ne porte en effet pas préjudice aux droits des particuliers, lesquels auront le loisir, dans le cas où ces actes «caduques» ne sont pas retirés, de soulever une exception d'illégalité (R. BARENTS, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschap*, 3^{de} druk, Kluwer, Deventer, Europese Monografieën, 2005, p. 148; P. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, nouvelle édition, Paris, Pedone, 2004, p. 415; G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz-Armand Colin, 2001, p. 287; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1997, p. 360).

(117) Ainsi en va-t-il, selon Emil PAULIS, des *actes réglementaires* trouvant leur fondement dans l'acte réglementaire annulé ainsi que des *actes individuels* trouvant leur source dans le même acte *et* qui ont été contestés dans les délais requis (E. PAULIS, *op. cit.*, pp. 245-248; voy. égal. G. ISAAC, «La modulation par la Cour de justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité», *Cah. dr. eur.*, 1987, pp. 465-468). Les effets tenant à l'annulation d'un

de l'adoption d'un nouvel acte, limitant par là même les effets dans le temps de son arrêt, les institutions ne seront tenues au retrait qu'à dater dudit remplacement. Avant cela, aucune irrégularité ne peut être déduite directement ou indirectement de l'arrêt de la Cour, sauf le cas, bien entendu, où l'institution compétente adopte un acte en remplacement de la mesure annulée et présentant des griefs similaires à ceux qui ont justifié l'anéantissement de cette dernière. Si certaines mesures d'exécution devaient être maintenues nonobstant l'arrêt de la Cour, leur illégalité ne pourrait être dénoncée qu'à dater de l'adoption du nouvel acte (118), faute de quoi la limitation des effets de l'annulation serait dépourvue d'efficacité. Néanmoins, ce cas de figure relève probablement davantage de la théorie que de la pratique : dès lors que les institutions communautaires aboutissent à la conclusion d'un nouvel accord international, elles procéderont, lorsque cela s'avère nécessaire (119) et pour éviter les contestations, à la régularisation des actes d'exécution de l'accord «annulé», quand bien même cette opération relèverait de la pure forme (120).

Pour ce qui est des accords au contenu proche, il est constant que l'arrêt ne peut entraîner l'annulation d'un acte non-déféré à la censure du juge communautaire mais qui serait entaché de la même illégalité (121). Méconnaît bien entendu l'autorité de l'arrêt d'annulation l'institution qui adopte ultérieurement un nouvel acte présentant des problèmes similaires de conformité ou de compatibilité au Traité CE (122). Néanmoins, la constatation de l'illégalité peut également, «*en tant qu'elle vise une disposition d'un contenu déterminé dans une matière déterminée*» (123), contraindre l'institution communautaire

acte individuel intéressent moins le présent propos, dans la mesure où l'arrêt par lequel la Cour de justice prononce l'annulation d'une décision conclusive d'un accord international a pour effet, dans la pratique, de faire disparaître de l'ordre juridique communautaire l'accord international – soit un acte réglementaire.

(118) Pour autant qu'elle intervienne dans un délai raisonnable.

(119) Les institutions communautaires disposant traditionnellement d'une certaine marge de manœuvre dans la mise à exécution d'un arrêt d'annulation.

(120) Ainsi, dans le cas où la décision conclusive a été annulée pour avoir été fondée sur une base juridique incorrecte, l'amendement des mesures d'exécution pourrait-il se réduire à une correction de leur visa.

(121) CJCE, aff. C-310/97, 14 septembre 1999, *Commission c. Assidomaän Kraft Products e.a.*, Rec. 1999, p. I-5412, points 52 à 55; TPICE, aff. T-211/02, 27 septembre 2002, *Tideland Signal c. Commission*, Rec. 2002, p. II-3781, point 44. Voy. sur ce point P.S.R.F. MATHIJSEN, *A Guide to European Law*, 8th Ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 119.

(122) CJCE, aff. C-310/97, *op. cit.*, points 50 et 56; CJCE, aff. C-41/00 P, 6 mars 2003, *Interporc c. Commission*, Rec. 2003, p. I-2125, point 30.

(123) CJCE, aff. C-97, 99, 193 et 215/86, 26 avril 1988, *Asteris c. Commission*, Rec. 1988, p. 2181, spéc. point 28.

condamnée à retirer d'autres actes. Le Tribunal de première instance (124) a précisé la position de la Cour sur ce point : «*It follows from the judgment of the Court of Justice in Asteris (...) that, for the application of Article {233 EC}, express or implied measures which are essentially the same as an annulled measure and were adopted between the date on which the annulled measure entered into force and the date of the judgment annulling them must be treated in the same way as the annulled measure*». Le 18 juillet 2005, le Conseil a adopté une décision portant conclusion d'un accord PNR avec le Canada, également fondée sur l'article 95 du Traité CE (125), et ce nonobstant la volonté affichée du Parlement de suspendre la procédure de conclusion de cet accord tant que la Cour de justice ne s'était pas prononcée sur la régularité de l'accord CE-Etats-Unis (126). Une décision d'adéquation de la Commission est intervenue le 6 septembre de la même année (127).

Il n'est pas certain que l'arrêt de la Cour dans l'affaire «PNR» porte immédiatement atteinte à cet accord. Outre qu'il n'a pas été déféré à la censure de la Cour de justice, il est conclu avec un autre Etat et présente d'importantes différences avec la convention CE-Etats-Unis (128) : il ne saurait donc être affirmé sans examen plus

(124) TPICE, aff. T-120/89, 27 juin 1991, *Stahlwerke Peine-Salzgitter c. Commission*, Rec. 1991, p. II-279, spéc. point 47. Ce considérant de l'arrêt présente l'inconvénient, à notre estime, de ne pas suffisamment insister sur le caractère exceptionnel de cette solution, qui ne s'impose que lorsque l'illégalité dénoncée vise une disposition d'un «*contenu déterminé*» dans une «*matière déterminée*». Il y va pourtant d'un élément essentiel, puisque la remise en cause de l'ensemble des actes présentant une irrégularité similaire à la mesure annulée bouleverserait à un degré inacceptable l'ordonnement juridique.

(125) Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données IPV/DP, 2006/230/CE, *J.O. L*, n° 82, 21 mars 2006, p. 14.

(126) Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données relatives aux informations anticipées sur les voyageurs (API)/dossiers passagers (PNR), 7 juillet 2005 (*J.O. C*, n° 157 E, 6 juillet 2006, p. 406) et le rapport qui l'a précédée, fait au nom de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, A6-0226-2005 FINAL, 4 juillet 2005, p. 6.

(127) Décision de la Commission constatant le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens (DP) transférés à l'Agence des services frontaliers du Canada, 2006/253/CE, *J.O. L*, n° 9, 29 mars 2006, pp. 49-60.

(128) Ces différences concernent notamment la définition de l'objet, précise dans l'accord CE-Canada (art. 1) et non pas dans celui conclu avec les Etats-Unis, l'application dans le premier cas d'un système *Push* (art. 5 §1), la procédure de règlement des différends (art. 6 et 7), les droits d'accès, de correction et d'annota-

approfondi qu'il poursuit également, pour l'essentiel, le renforcement de la sécurité par la lutte contre le terrorisme et qu'il ne pouvait par conséquent être conclu sur la seule base de l'article 95 du Traité CE (129). Toutefois, l'examen de la décision d'adéquation, très proche de celle qui fut annulée par la Cour de justice, appelle probablement à nuancer cette conclusion. En effet, l'arrêt de la Cour dans l'affaire «PNR» censure la décision d'adéquation de la Commission en faveur des Etats-Unis d'Amérique en se fondant, pour l'essentiel, sur une analyse de ses motifs. La juridiction s'est référée plus spécifiquement aux considérants 7 et 8 de la décision, relatifs à la législation américaine sur la sécurité intérieure et aux conditions d'entrée aux Etats-Unis, ainsi qu'au soutien apporté par la Communauté à la lutte contre le terrorisme, pour conclure que cette décision sortait du champ d'application de la directive 95/46/CE (130). Or, la décision d'adéquation en faveur du Canada repose sur des motifs similaires (131). Il ne serait donc pas impossible de soutenir que l'arrêt impose à la Commission de retirer cette décision, ce qui emporterait indubitablement la disparition de l'accord avec le Canada, puisque ce dernier lui est indissociablement lié. Pour l'heure, ce retrait n'a toutefois pas eu lieu. Notons que le Parlement européen a exprimé son souhait de voir entamées de nouvelles négociations non pas uniquement avec les autorités américaines, mais aussi canadiennes, en vue de la réforme globale du système PNR prévue pour 2007 (132). L'avenir de l'accord CE-

tion offerts aux particuliers (art. 4) voire la durée de rétention des données à caractère personnel ainsi que le caractère plus ciblé des informations susceptibles d'être transmises (voy. sur ces points l'exposé des motifs du Rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen du 4 juillet 2005, *op. cit.*, pp. 10 et 11). D'une manière générale, l'accord CE-Canada apparaît plus élaboré que celui conclu avec les Etats-Unis. Pour une analyse de ces différences, voy. not. l'avis du Contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données relatives aux informations anticipées sur les voyageurs, *J.O. C.*, n° 218, 6 septembre 2005, p.7; avis 3/2004 du 11 février 2004 du «Groupe article 29» sur le niveau de protection assuré au Canada à la transmission, par les compagnies aériennes, des dossiers passagers et d'informations anticipées sur les voyageurs, 10037/04/FR, WP 88.

(129) Voy. en ce sens F. MARIATTE, *op. cit.*, p. 7.

(130) CJCE, aff. C-317 et 318/04, *op. cit.*, point 55.

(131) Voy. les points 7 et 8 de la décision 2006/253/CE, précitée, p. 49.

(132) Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur les négociations en vue de la conclusion d'un accord avec les États-Unis d'Amérique sur l'utilisation de données des dossiers des passagers aériens (PNR) afin de prévenir et de combattre le terrorisme et la criminalité transnationale, y compris la criminalité organisée, 2006/2193(INI), 7 septembre 2006, J.4.

Canada repose donc sur l'issue du processus de renégociation, toujours en cours au moment de la clôture du présent article.

Pour revenir à la question principale des conséquences de la limitation *ratione temporis* des effets de l'arrêt d'annulation, on conclura que l'invalidité éventuelle de la décision d'adéquation en faveur du Canada – ainsi que de l'accord conclu avec ce pays – ne pourrait, si elle devait être admise, être invoquée pour le passé. Pour l'avenir, par contre, et sous la réserve de ce qui vient d'être énoncé, rien ne s'y oppose *a priori*.

III. — Un droit à (ré)inventer?

Le présent article a été l'occasion de mettre en lumière quelques questions d'actualité posées par l'articulation des procédures préventive et répressives devant la Cour de justice en matière d'accords internationaux de la Communauté, voire de l'Union. Il en émane un constat assez préoccupant.

D'une part, le vœu formulé par certains de voir les institutions coopérer naturellement à l'élaboration de solutions négociées et respectueuses des procédures communautaires ne s'est pas réalisé, ce qui n'a d'ailleurs rien de surprenant dans un domaine par tradition sensible de l'activité communautaire. De l'autre, si les efforts de la Cour pour affiner son contrôle – tant sur l'accord envisagé que sur l'accord conclu – sont indéniables, le droit primaire n'offre pas à la juridiction communautaire les outils qui devraient lui permettre d'encourager efficacement l'esprit de loyauté. Pire, l'affaire «PNR» porte un coup fatal à la procédure préventive, ou plus exactement à la récente faculté reconnue au Parlement de la mouvoir, puisque sa mise en œuvre a renforcé l'impunité du Conseil et le sentiment d'insécurité juridique. Quant à la procédure d'annulation, son succès s'analyse, de façon très contradictoire, comme un échec, dès lors qu'elle a eu pour effet de diminuer les prérogatives de l'institution qui l'a initiée. La légitimité de l'action communautaire sur la scène internationale ne gagne rien à de telles impasses judiciaires.