CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON présentées le 1er juin 1989 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le recours en responsabilité introduit par Maclaine Watson and Company Limited (ci-après « Maclaine Watson »), à l'encontre de la Communauté européenne, trouve son origine dans une situation apparemment sans précédent [1]: la cessation des paiements d'une organisation internationale, le Conseil international de l'étain (ci-après « CIE »).

2. Le 24 octobre 1985, en effet, le président exécutif du CIE décidait de suspendre les opérations du stock régulateur, faute de fonds disponibles. Cette mesure provoquait l'effondrement du marché de l'étain. La Bourse des métaux de Londres, le *London Metal Exchange* (ci-après « LME »), était conduite à interrompre la cotation de l'étain **. Le passif de l'organisation se serait alors élevé à environ neuf cents millions de UKL.

3. En l'état des informations disponibles, il semble que différentes tentatives de solution amiable entre le CIE et ses membres, d'une part, les créanciers de l'organisation, d'autre part, aient échoué dans les mois qui ont suivi la suspension des opérations de ce dernier. La requérante, courtier au LME, a conclu cent cinquante-quatre contrats avec le CIE qui n'auraient pas, à ce jour, été exécutés.

4. Dès lors, une intense activité contentieuse allait se développer, opposant les différents créanciers du CIE tant à ce dernier qu'à ses membres [2]. Sans examiner le détail des différents litiges, il convient de constater qu'à ce jour — puisque la *House of Lords* ne s'est pas encore prononcée sur cette question — les juges britanniques ont estimé que les membres du CIE n'étaient pas tenus par les dettes contractuelles de ce dernier, eu égard à la personnalité juridique distincte de l'organisation. La *Court of Appeal* a, par ailleurs, considéré que la Communauté ne pouvait, pour sa part, invoquer d'immunité dans le cadre de cette action.

5. La requérante a, pour sa part, obtenu un arbitrage à l'encontre du CIE [3]. Elle a engagé contre le seul Royaume-Uni une action en paiement qui a été rejetée au motif de la personnalité distincte du CIE [4]. Elle a, par ailleurs, sollicité la nomination d'un « *receiver* » [5] que le juge Millett [6], puis la *Court of Appeal* [7] ont refusée au motif que

* Langue originale: le français.

** Le *Times* de ce jour (1er juin 1989, p. 24) annonce cependant, sous le titre « LME returns to tin trading », la reprise de cette cotation.

1 — Voir, cependant, la décision du tribunal d'arbitrage de la chambre de commerce internationale du 3 mars 1984 dans l'affaire Westland/Arab Organization for Industrialisation, république arabe d'Égypte et autres États, ILM XXIII (1984), p. 1082; voir, également, certains exemples évoqués par I. Seidl-Hohenveldern, in « Responsability of Member States of an International Organization for Acts of Trust Organization », études en l'honneur de Roberto Ago, vol. III, 1987, p. 427-428.

2 — Nous avons joint, en annexe des présentes conclusions, une liste des principales décisions rendues à ce jour.

3 — MacLaine Watson aurait, par ailleurs, obtenu un autre arbitrage le 24 mars 1986, que le CIE aurait exécuté le 21 avril 1986.

4 — Jugement du 29 juillet 1987, confirmé par la Court of Appeal le 27 avril 1988; l'instance est actuellement pendante devant la House of Lords.

5 — Administrateur séquestre.

6 — Jugement du 13 mai 1987.

7 — Arrêt du 27 avril 1988.

les droits du CIE à l'égard de ses membres découleraient du sixième accord international pour l'étain, à propos duquel les juridictions britanniques ne peuvent se prononcer. Un pourvoi serait pendant devant la *House of Lords*. En revanche, il a été accordé à la requérante une injonction [8] ordonnant au CIE de révéler toutes informations quant à ses actifs situés au Royaume-Uni. Elle a obtenu, par ailleurs, diverses ordonnances portant « gel » des avoirs du CIE. Maclaine Watson vous a enfin, à l'audience, indiqué avoir abandonné, pour sa part, toutes ses actions contre la Communauté devant les juridictions britanniques.

6. C'est au cours de la mise en œuvre du sixième accord international pour l'étain (ci-après « sixième accord ») qu'est survenue la cessation des paiements du CIE. Les accords sur l'étain constituent des accords multilatéraux qui visent à établir un équilibre entre la production et la consommation mondiales d'étain, et à prévenir des fluctuations excessives de prix. Ils s'inscrivent dans le cadre du programme intégré pour les produits de base, arrêté par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (Cnuced) [9].

7. Pour atteindre les objectifs de ces accords, deux moyens principaux sont prévus:

— les interventions sur le marché d'un stock régulateur, financé par les membres du CIE, destinées à maintenir les cours dans une « fourchette » constituée par un prix plafond et un prix plancher fixés par le CIE;

— la possibilité d'imposer un contrôle des exportations aux États producteurs.

8. Le Conseil international de l'étain, institué en 1956 lors du premier accord sur l'étain, a été chargé depuis d'assurer la mise en œuvre des différents accords qui se sont succédés.

9. En son sein, chaque membre détient un nombre fixe de voix auquel s'ajoute un nombre de voix proportionnel, selon le cas, à sa production ou à sa consommation. Il convient d'indiquer que l'article 15 prévoit que les décisions sont, en principe, prises à la majorité simple répartie [10].

10. Le Conseil désigne à la majorité répartie des deux tiers un président exécutif indépendant, responsable devant le Conseil, et devant lequel est responsable le directeur du stock régulateur. Ce dernier est nommé par le Conseil.

11. Selon l'article 16, paragraphe 1, du sixième accord, « (le) CIE possède la personnalité juridique. Il a, en particulier, la capacité de contracter, d'acquérir et d'aliéner des biens meubles et immeubles, ainsi que d'ester en justice ». Par ailleurs, un accord de siège relatif au statut, aux privilèges et immunités du Conseil a été conclu entre celui-ci et le Royaume-Uni, le 9 février 1979.

8 — 9 juillet et 18 décembre 1987, confirmé par la Court of Appeal le 27 avril 1988.

9 — Voir votre avis 1/78, du 4 octobre 1979 (Rec. p. 2871), concernant l'accord international sur le caoutchouc naturel où vous avez examiné, aux points 4 et 5, le programme intégré et ses finalités, qui visent, notamment, à améliorer les structures du commerce international des produits de base présentant un intérêt pour les pays en voie de développement.

10 — C'est-à-dire incluant la majorité simple des pays producteurs *et* des pays consommateurs.

12. Vingt-trois États [11] ont été signataires du sixième accord, parmi lesquels les dix États alors membres de la Communauté économique européenne. Cette dernière est également signataire de l'accord.

13. Cette participation conjointe résulte de ce qu'il a été décidé que le financement du stock régulateur incombait aux États membres et non à la Communauté, ce qui implique la participation des premiers, conformément à votre avis 1/78, relatif à l'accord international sur le caoutchouc, dans lequel vous avez estimé que

« la question de l'exclusivité de la compétence de la Communauté dépend, en l'espèce, des modalités du financement des opérations du stock régulateur qu'il est envisagé d'instituer par cet accord ... *Si ces charges étaient supportées directement par les États membres, cette circonstance impliquerait la participation de ces États à l'accord avec la Communauté* » [12].

14. Relevons que l'article 56, paragraphe 1, de l'accord prévoit explicitement la participation d'« organisations internationales » et précise que, « en cas de vote sur les questions relevant de leur compétence, lesdites organisations expriment un nombre de voix égal au total de voix attribuables à leurs États membres, qui, en pareil cas, n'expriment pas individuellement leurs voix ».

15. Le sixième accord a été négocié lors de la conférence sur l'étain organisée sous l'égide des Nations unies entre 1980 et 1981, et ouvert à la signature le 3 août 1981.

16. La « décision du Conseil » concernant la signature et la notification d'application à titre provisoire du sixième accord est intervenue le 31 mars 1982 [13].

17. Il convient de relever que l'article 55 du sixième accord prévoyait que son entrée en vigueur à titre définitif était subordonnée au dépôt, à la date du 1er juillet 1982, des instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion par des gouvernements des pays producteurs assurant 80 % de la production totale et des gouvernements des pays consommateurs assurant 80 % de la consommation totale [14].

18. L'article 55, paragraphe 2, indiquait que si, à la date précitée, l'accord n'était pas entré en vigueur à titre définitif, il entrerait en vigueur à titre provisoire si des gouvernements de pays producteurs et de pays consommateurs couvrant respectivement 65 % de la production totale et 65 % de la consommation totale avaient déposé leurs instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation et d'adhésion ou avaient notifié qu'ils appliqueraient ledit accord à titre provisoire.

19. Enfin, l'article 55, paragraphe 3, disposait que, pour le cas où les pourcentages requis aux paragraphes 1 et 2 ne seraient pas atteints au 1er juin 1982, le secrétaire général des Nations unies inviterait les gouvernements ayant déposé leurs instruments de ratification (etc.) à se réunir pour décider si le présent accord entrerait en vigueur entre eux, à titre définitif ou provisoire, en totalité ou en partie, à la date qu'ils pourraient fixer.

11 — L'Australie, l'Indonésie, la Malaisie, le Nigeria, la Thaïlande et le Zaïre, pays producteurs; le Canada, la Finlande, l'Inde, le Japon, la Norvège, la Suède, la Suisse et les dix États membres de la Communauté, pays consommateurs.

12 — Précité, voir ci-dessus note 9, p. 2920, souligné par nous.

13 — JO L 342 du 3.12.1982.

14 — Les pourcentages pris ici en compte sont indiqués dans l'annexe A de l'accord (JO L 342 du 31.12.1980, p. 30).

20. Selon Maclaine Watson, qui n'est pas contredite à cet égard, à la date du 1er juin 1982, des pays assurant 82,24 % de la production totale d'étain avaient signé l'accord, alors qu'en ce qui concerne les pays consommateurs le pourcentage n'atteignait que 50,31 % de la consommation totale.

21. C'est donc sur la base de l'article 55, paragraphe 3, de l'accord que la décision a été prise de mettre provisoirement en vigueur le sixième accord entre signataires à compter du 1er juillet 1982.

22. Une très abondante littérature [15] a été consacrée à la crise du CIE afin de mettre en évidence ses causes profondes. S'agissant de la requérante, elle en fait une analyse qu'il est indispensable de résumer pour mieux cerner son argumentation en droit.

23. C'est, tout d'abord, dans un contexte structurel de surproduction d'étain que le sixième accord aurait été négocié et conclu. Par ailleurs, au cours de la période 1980-1981, des opérations spéculatives conduites par un « mystérieux » acheteur auraient provoqué une hausse brutale mais artificielle des prix et un relèvement consécutif des prix plafonds et des prix planchers du CIE.

15 — Voir, notamment, « Crise du Conseil international de l'étain et insolvabilité d'une organisation intergouvernementale », Eisenmann, P. M., AFDI, 1986, p. 781; Anderson, Gilbert: « Commodity agreements and commodity markets; Lesson from tin », *the Economic Journal*, Cambridge, vol. 98, n° 389, mars 1988, p. 1-15; Marques, I., et Giraud, P. N.: « Tin: the end of an agreement », Natural resources forum, London, vol. 11, n° 3, août 1987, p. 207-218; Eric Mc Fadden: « The collapse of tin; restructuring a failed commodity agreement », *American Journal of International Law*, vol. 80, n° 4, octobre 1986, p. 811-830; Chimni, B. S.: « International commodity agreements: a legal study », Croom Helm, 1987, chapitre 10, p. 197; Wasserman, U.: « Tin and other commodities in crisis », JWTL, vol. 20/1986, p. 233.

24. En conséquence, à la date de l'entrée en vigueur provisoire du sixième accord, le CIE avait déjà imposé des contrôles à l'exportation, constitué un stock d'étain considérable et supportait de substantiels emprunts bancaires. En dépit de ces mesures, les cours de l'étain étaient inférieurs au prix plancher à Londres.

25. En outre, les États-Unis, premier consommateur mondial, disposant, par ailleurs, de considérables stocks prêts à être vendus sur le marché, n'étaient pas signataires du sixième accord, non plus que d'importants producteurs tels, notamment, la Bolivie et le Brésil.

26. De ce fait, les contrôles à l'exportation étaient voués à l'inefficacité puisque les producteurs du sixième accord, auxquels ils pouvaient seuls être imposés, ne représentaient que 50 à 60 % de la production mondiale. De tels contrôles, au demeurant susceptibles d'être tournés par la « contrebande », diminuaient les recettes à l'exportation des membres du CIE concernés sans pour autant affecter celles des pays extérieurs au sixième accord. Au surplus, en cours d'accord, le CIE n'aurait d'ailleurs pas adopté de mesures de contrôle de production à l'encontre des membres consommateurs [16] et la CEE se serait d'ailleurs opposée à toute décision en ce sens.

27. Par ailleurs, le ringgit malais avait été choisi pour exprimer les prix planchers et les prix plafonds [17] alors que les opérations du CIE au LME se réalisaient en UKL. C'était donc, selon la requérante, subordonner l'efficacité des opérations du CIE à la fluctuation des taux de change clairement prévi-

16 — Il s'agit là de membres qui, quoique membres consommateurs du CIE, produisent également, par ailleurs, de l'étain; tel aurait été le cas, par exemple, du Royaume-Uni.

17 — Article 27, paragraphe 1, de l'accord.

sibles au moment de la négociation du sixième accord. Or, le CIE n'a jamais, par la suite, exercé son pouvoir de modifier la monnaie dans laquelle le prix plancher et le prix plafond pouvaient être exprimés.

28. Le sixième accord était donc intrinsèquement défectueux lors de son entrée en vigueur.

29. Au cours du fonctionnement de l'accord, le CIE aurait toujours cherché à garantir un prix plancher trop élevé qui ne pouvait qu'attirer sur le marché des quantités supplémentaires d'étain et donc renforcer la tendance des cours à la baisse.

30. Dans ces conditions, le stock régulateur supportait une responsabilité particulièrement lourde. Or, il n'aurait pas été mis en mesure de remplir cette mission. Tout d'abord, alors même que le sixième accord aurait prévu des ressources insuffisantes, celles-ci n'auraient même pas pu être versées dans leur intégralité au stock régulateur par suite de la non-participation de certains États au sixième accord. Ensuite, la majorité des contributions au stock n'auraient pas été fournies en espèces, mais en étain.

31. Il aurait donc été nécessaire de fournir des fonds supplémentaires au stock régulateur. Son directeur aurait, à plusieurs reprises, attiré l'attention du Conseil sur le fait que l'effondrement total du CIE était à redouter. En mars 1984, il aurait indiqué que les ressources tirées des contributions étaient épuisées et que le stock ne fonctionnait plus que grâce à des emprunts. A cet égard, la Communauté et le Japon se seraient opposés au versement de contributions supplémentaires, proposé par d'autres membres. Le CIE aurait adopté, en réalité, une politique constante de temporisation.

32. Dès lors, l'absence de ressources suffisantes en espèces rendait inévitable un recours intensif à l'emprunt. Mais ces emprunts étant essentiellement garantis par des warrants d'étain, le CIE se trouvait simultanément obligé de soutenir des cours élevés afin d'éviter une diminution de la valeur de garantie des emprunts.

33. En conséquence, le directeur du stock aurait été conduit à tenter de contrôler plus d'étain que les ressources disponibles ne le permettaient en se livrant, notamment auprès des courtiers, à un système compliqué de transactions, dont la compatibilité avec le sixième accord était douteuse, destinées à créer une apparence de demande par rapport à l'offre afin de maintenir les cours au niveau d'un prix plancher artificiellement gonflé.

34. A cet égard, en ayant recours à treize courtiers différents, le directeur du stock aurait pu cacher l'étendue du marché à ces derniers. Il leur aurait, par ailleurs, indiqué détenir des ressources suffisantes en contestant vigoureusement une éventuelle mise en cause de la stabilité financière du CIE.

35. Les membres du CIE auraient connu, dans une large mesure, les opérations du directeur du stock et leurs effets sur la position financière du CIE, même s'il est difficile d'apprécier jusqu'à quel point leurs informations étaient détaillées. A cet égard, le Royaume-uni, alerté à propos des opérations du directeur du stock, se serait efforcé d'obtenir des informations plus précises permettant d'apprécier si l'intéressé n'excédait pas ses prérogatives. Cette démarche, sous la forme d'un document communautaire, n'aurait pu obtenir l'appui d'autres membres du CIE. Les pays producteurs et le directeur du stock s'y seraient opposés, ce dernier invoquant notamment les règles de

fonctionnement du stock régulateur. Aucune autre démarche communautaire n'aurait été engagée.

36. Toujours selon la requérante, le CIE aurait d'ailleurs négligé de faire en sorte que le comité de financement du stock régulateur se réunisse aussi fréquemment que nécessaire pour exercer sa fonction de contrôle à cet égard.

37. Dès lors, si l'ignorance des membres était imputable au sixième accord lui-même, cela démontrerait les défauts de cet accord au moment où la Communauté y a adhéré et a décidé de le mettre en vigueur. En revanche, si cette ignorance n'est pas imputable à un tel défaut, ce serait là le résultat de la négligence des membres du CIE, dont la Communauté, qui n'a pas appuyé les initiatives du Royaume-Uni.

38. Cependant, l'ignorance des membres du CIE n'aurait, tout au plus, porté que sur la date précise à laquelle le CIE aurait été en état de cessation des paiements. Et leur information aurait été, en tout état de cause, suffisante pour qu'ils en aient nécessairement constaté le caractère inéluctable.

39. Voilà, très schématiquement résumée, l'analyse présentée par Maclaine Watson, s'appuyant sur de très nombreux documents, émanant notamment du CIE, et maintes déclarations d'officiels ou d'ex-officiels, preuves dont la production en justice se trouve, par ailleurs, contestée tant par les institutions défenderesses que par le Royaume-Uni. Nous n'avons nullement, du moins à ce stade, à apprécier la pertinence des explications avancées par la requérante. Nous nous bornerons à constater que des commentateurs — en sus de certains facteurs par elle évoqués — soulignent également le rôle qu'auraient joué les « *brokers* du LME » dans la survenance de la crise [18].

40. Vous avez décidé, alors qu'une demande formelle n'a pas été introduite à cet égard par les institutions défenderesses, de procéder à un examen préalable de la recevabilité du présent recours.

41. Bien qu'il ne nous appartienne pas de porter une appréciation sur la manière dont les parties vous soumettent leurs prétentions et moyens de défense, nous tenons à indiquer qu'en l'espèce votre tâche, que la seule complexité des faits et des questions juridiques en cause rend déjà particulièrement délicate, ne sera pas facilitée.

42. En effet, si la requérante a jeté un « filet » particulièrement vaste compte tenu du nombre de moyens qu'elle vous soumet, les institutions défenderesses ont répliqué par une exception d'irrecevabilité globale dont il est souvent malaisé de déterminer à quels moyens précis elle s'applique. Sans doute, le gouvernement du Royaume-Uni, intervenant aux côtés de la Communauté dont il a développé l'argumentation, a-t-il éprouvé plus d'égards pour votre juridiction puisqu'il s'est efforcé de vous fournir un cadre d'analyse plus circonstancié.

43. L'argumentation en droit de la requérante vise l'attitude de la Communauté lors de la négociation, de l'entrée en vigueur et de la mise en œuvre du sixième accord. Mais ce n'est là qu'une évocation bien générale des moyens qui vous sont soumis, dont la richesse et, parfois, la présentation rendent malaisée la synthèse.

18 — Voir Eisenmann, op. cit., p. 737; Chimni, op. cit., p. 201.

44. Sous le bénéfice de ces observations, il apparaît en définitive que Maclaine Watson vous soumet, dans l'ordre, les neuf moyens suivants:

1) la Communauté est responsable des agissements du CIE qui, avant son effondrement, aurait contracté des dettes supérieures à celles qu'il était capable d'honorer; si le CIE n'est pas une personne morale, ses fautes sont directement imputables à ses membres; si, en revanche, il doit être considéré comme une personne morale, ses membres sont responsables par application des principes généraux communs aux droits des États membres régissant la responsabilité des directeurs des sociétés commerciales;

2) la Communauté aurait omis d'avertir la requérante du risque qu'il y avait à opérer avec l'organisation et a manqué, de manière plus générale, à son obligation de sollicitude;

3) la Communauté a agi illégalement en signant le sixième accord et en participant à la décision de le mettre provisoirement en vigueur compte tenu de son caractère intrinsèquement vicié et incompatible avec le traité CEE;

4) la Communauté a manqué d'exercer la plénitude de ses pouvoirs lors de la négociation du sixième accord et de la participation à ce dernier et, plus spécifiquement, elle n'aurait pas exigé des États membres le respect de son droit à décider des questions relevant de sa compétence exclusive;

5) le Conseil et la Commission n'ont jamais consulté le Parlement européen, alors qu'une telle consultation aurait été utile dans la mesure où la mise au grand jour des défauts de l'accord aurait amené la Communauté, comme les États-Unis ou la Bolivie, à refuser d'y participer;

6) la Commission n'a pas réalisé les démarches nécessaires auprès des États membres de la Communauté tant en ce qui concerne leur ratification du sixième accord que leur contribution au stock régulateur, y compris le versement de contributions supplémentaires; il s'agissait là d'une violation de l'article 5 du traité CEE en présence de laquelle il était loisible aux institutions de prendre les initiatives appropriées, ainsi, en ce qui concerne la Commission, l'engagement d'une procédure au titre de l'article 169;

7) la Communauté, compte tenu du nombre de ses voix, serait responsable en droit des « actes et omissions » du CIE en raison de son influence au sein de ce dernier, qu'elle n'a pas exercée dans l'intérêt communautaire et de manière à contrôler les opérations de l'organisation;

8) la Communauté aurait commis une faute en n'empêchant pas l'abus de position dominante dont les activités du CIE auraient été constitutives;

9) indépendamment de toute conduite illégale, la Communauté doit réparer le préjudice subi par la requérante du fait du risque lié au sixième accord et aux activités du CIE.

45. A cette impressionnante série de griefs, la Commission et le Conseil, soutenus par le Royaume-Uni, opposent une exception d'irrecevabilité qui comporte trois moyens distincts:

— le recours est irrecevable car il vise des actes et comportements de la Communauté relatifs à la *conduite des relations internationales*;

— le recours constitue un *détournement de la voie de droit de l'article 215*, notamment parce qu'il tend, en réalité, à faire supporter à la Communauté la responsabilité contractuelle du CIE, à faire annuler un grand nombre d'actes passés de la Communauté, du CIE ou de ses membres, et à imposer à la défenderesse une responsabilité de l'organisation qui ne relève pas de votre juridiction;

— le recours serait *prématuré et abstrait*, en ce qu'il vous inviterait à prononcer le principe d'une responsabilité hypothétique et conditionnelle, tant que l'échec des actions engagées contre le CIE devant les juridictions britanniques ne serait pas définitif.

46. Nous procéderons, tout d'abord, à l'examen de ce dernier moyen d'irrecevabilité qui doit, à notre avis, être écarté au terme d'un bref examen.

I — Le caractère prématuré ou abstrait du recours

47. Compte tenu de l'existence d'instances judiciaires engagées par Maclaine Watson à l'encontre du CIE, pendantes devant les juridictions britanniques, le préjudice allégué serait purement hypothétique. En effet, les requérantes ne pourraient pas rapporter la preuve que le CIE ait pris une décision définitive de ne pas payer. Dans ces conditions, le recours serait irrecevable puisqu'il viserait à obtenir de votre Cour un arrêt prononçant une déclaration abstraite de responsabilité.

48. Tout d'abord, l'existence du préjudice constitue, à notre avis, une question qui relève de l'examen au fond. Certes, votre jurisprudence a parfois déclaré irrecevables comme prématurés des recours en responsabilité, mais nous relevons que vous avez, par ailleurs, affirmé que

« les objections du Conseil concernent en réalité des conditions de fond auxquelles se trouve subordonnée la responsabilité de la Communauté, à savoir l'*existence d'un dommage. Elles seront donc appréciées dans le cadre de l'examen au fond* » [19].

49. En toute hypothèse, il nous apparaît très contestable que le préjudice allégué en l'espèce revête un caractère éventuel. Ce qui est incertain — compte tenu du laps de temps qui s'est écoulé depuis le 24 octobre 1985 — c'est, nous semble-t-il, le paiement des dettes du CIE.

50. Par ailleurs, nous relevons que vous avez déjà admis la recevabilité d'actions en « déclaration de responsabilité », vous inspirant, à cet égard, de solutions adoptées par le droit de plusieurs États membres, en indiquant que

« l'article 215 du traité n'empêche pas de saisir la Cour pour faire constater la responsabilité de la Communauté pour dommages imminents et prévisibles avec une certitude suffisante, même si le préjudice ne peut pas encore être chiffré avec précision » [20].

51. A fortiori, la solution nous paraît-elle devoir être identique lorsque le dommage

19 — Arrêt du 17 décembre 1981, Ludwigshafener Walzmühle, point 12 (197/80 à 200/80, 243/80, 245/80 et 247/80, Rec. p. 3211), souligné par nous.

20 — Arrêt du 2 juin 1976, Kampfmeyer (56/74 à 70/74, Rec. p. 711).

est patent et que c'est sa disparition qui est subordonnée à un paiement que les circonstances de l'espèce conduisent à considérer comme incertain.

52. Enfin, dans l'affaire Granaria [21], vous avez rappelé que vous pouvez être amenés

« à statuer, dans une première phase de la procédure, sur la question de savoir si le comportement des institutions est de nature à engager la responsabilité de la Communauté, réservant l'examen des questions relatives à la causalité, ainsi qu'à la nature et à la portée du préjudice à une phase ultérieure éventuelle » [22].

53. Il ne nous paraît pas indifférent de constater que, pour admettre la recevabilité du recours, vous avez précisé que,

« en l'espèce, le *problème du fondement juridique de la responsabilité se prête particulièrement bien à être tranché séparément* selon cette pratique » [23].

54. Sans doute, tel est également le cas du présent recours. Aussi, nous vous invitons à écarter ce moyen d'irrecevabilité.

II — Le contrôle juridictionnel et les relations extérieures de la Communauté

55. Un examen attentif de votre jurisprudence révèle que ce n'est pas, en réalité, la première fois que les institutions communautaires vous invitent à déclarer irrecevable une action introduite à l'encontre d'actes relatifs aux relations extérieures de la Communauté.

56. Ainsi, dans l'arrêt Fediol I [24], vous aviez, en effet, été amenés à vous prononcer sur un moyen d'irrecevabilité soulevé par la Commission à propos d'un recours dirigé contre le refus d'ouvrir une enquête concernant le Brésil en matière de procédures antisubventions. Il était, en effet, allégué que les appréciations portées dans ce domaine relevaient d'un pouvoir de nature politique, exclusif de tout contrôle juridictionnel.

57. Vous avez écarté ce moyen en relevant les droits procéduraux précis que l'industrie communautaire tirait de la réglementation applicable. Vous avez, à ce propos, affirmé que la position de la Commission était « excessive » en ce qu'elle tendait à faire exclure par principe tout recours en rappelant qu'il vous incombe d'assurer le respect du droit aux termes de l'article 164 du traité et d'exercer un contrôle judiciaire approprié à la nature des pouvoirs réservés, en la matière, aux institutions de la Communauté.

58. Vous avez précisé que,

« sans qu'il puisse intervenir dans l'appréciation réservée aux autorités communautaires par le règlement cité, le juge est appelé à exercer le contrôle qui est normalement le sien en présence d'un pouvoir discrétionnaire conféré à l'autorité publique » [25],

et vous avez défini l'étendue de votre contrôle minimal à cet égard. Cette solution a été confirmée par votre arrêt Timex [26].

21 — Arrêt du 28 mars 1979 (90/78, Rec. p. 1081).
22 — Point 6.
23 — Ibidem, souligné par nous.
24 — Arrêt du 4 octobre 1983 (191/82, Rec. p. 2913).
25 — Point 30.
26 — Arrêt du 20 mars 1985, point 16 (264/82, Rec. p. 849).

59. Dans l'affaire Adams [27], la Commission a également invoqué le pouvoir souverain d'appréciation qui était le sien dans la conduite des relations extérieures à propos du grief du requérant relatif à l'omission de saisine du comité mixte institué par l'accord de libre-échange conclu entre la Suisse et la Communauté. Mais c'est comme *moyen de fond* que l'argument a été invoqué et c'est comme tel que vous l'avez examiné pour rejeter la requête en indiquant

« qu'une décision de saisir ou de ne pas saisir le comité mixte de cette affaire ne peut être prise qu'en vue des seuls intérêts généraux de la Communauté, à la suite d'une appréciation essentiellement politique qu'un particulier ne peut pas attaquer en justice » [28].

60. Par ailleurs, vous avez été, à plusieurs reprises, amenés à examiner des actes de la Communauté dans le domaine des relations extérieures, sans même qu'une exception d'irrecevabilité soit soulevée. Relevons certains exemples significatifs.

61. Dans l'affaire Faust [29], un importateur allemand de champignons chinois recherchait la responsabilité de la Communauté pour le contingentement des importations en provenance de T'ai-wan consécutif à un accord commercial conclu avec la Chine populaire.

62. Vous avez examiné les griefs du requérant, relatifs notamment à la violation de la confiance légitime, sans qu'une quelconque irrecevabilité soit alléguée ou par vous soulevée, en jugeant que,

« les institutions communautaires disposant d'une marge d'appréciation lors du choix des moyens nécessaires pour la réalisation de leur politique, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des décisions prises par ces institutions dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation » [30].

63. L'arrêt « Aide spéciale à la Turquie » [31] nous paraît également devoir être mentionné. Il s'agissait, vous vous en souvenez, de connaître du recours de la République hellénique à l'encontre d'une décision du Conseil relative, en substance, à une aide à l'État turc. Il est manifeste que les relations extérieures étaient en cause et nous n'avons pas à insister sur la dimension politique de l'affaire. La limitation de votre contrôle n'a pas même été évoquée.

64. L'affaire Clemessy [32] a donné lieu à un examen au fond des griefs allégués à l'encontre de la Commission à propos des interventions de cette dernière dans l'adjudication d'un marché pour la construction de l'immeuble de l'institut pharmaceutique somalien. On n'a pas alors excipé du chef d'irrecevabilité tenant au fait que le recours aurait été relatif aux relations extérieures de la Communauté.

65. Enfin, et surtout, mais nous reviendrons ultérieurement sur cette question, il convient d'évoquer tant votre compétence [33] en matière de contrôle préalable des accords externes que les indications touchant à leur contrôle « a posteriori » contenues dans votre avis 1/75 [34].

27 — Arrêt du 7 novembre 1985 (53/84, Rec. p. 3595).
28 — Point 15.
29 — Arrêt du 28 octobre 1982 (52/81, Rec. p. 3745).
30 — Point 27.
31 — Arrêt du 27 septembre 1988 (204/86, Rec. p. 5323).
32 — Arrêt du 24 juin 1986 (267/82, Rec. p. 1907).
33 — Article 228.1, deuxième alinéa.
34 — 11 novembre 1975, Rec. p. 1355.

66. Compte tenu de l'importance de la question de principe en cause, il convient sans aucun doute de rechercher quelles solutions les droits des États membres ont consacrées dans le domaine du contrôle juridictionnel des relations extérieures.

67. En droit italien, l'article 113 de la Constitution prévoit en termes généraux la protection juridictionnelle des particuliers à l'encontre des actes de l'administration publique [35]. Mais l'article 28 de la loi relative à la cour constitutionnelle prévoit que le contrôle de la haute juridiction exclut toute appréciation politique relative au pouvoir discrétionnaire du Parlement. Par ailleurs, tout recours est exclu devant le Conseil d'État lorsque les actes du gouvernement ont été adoptés dans l'exercice de son pouvoir politique.

68. La conclusion et la ratification des traités internationaux, et, de manière générale, les actes touchant aux rapports internationaux sont considérés comme « actes politiques » dont la corte di cassazione a indiqué en termes particulièrement nets qu'ils bénéficiaient d'une immunité absolue:

« *La responsabilità degli organi di governo per gli atti internazionali si pone sul piano politico, e può essere fatto valere non dinanzi a gli organi della giurisdizione, ma con i mezzi ed attraverso gli istituti nei quali si concreta il controllo politico sull'attività di governo* » [36].

69. Enfin, on relève une tendance marquée à cantonner le domaine de l'« acte politique » par le truchement de la notion d'« acte de haute administration », soumis à tous égards au contrôle juridictionnel.

70. En droit danois, la question serait discutée de savoir si un particulier peut agir à l'encontre d'un acte touchant aux pouvoirs conférés directement au gouvernement par la Constitution, tel celui d'établir une ambassade ou de reconnaître un État. Il semble, à cet égard, que les obstacles seraient relatifs aux conditions générales des voies de recours, à savoir, pour un recours en indemnité, l'existence d'un intérêt juridiquement protégé. En revanche, la doctrine estimerait que les actes relatifs à la protection diplomatique d'un Danois à l'étranger peuvent être mis en cause tant par un recours en annulation que par un recours en indemnité. Enfin, il serait, en toute hypothèse, exclu que la conclusion d'un traité puisse faire l'objet d'un contrôle de légalité ou d'une action en responsabilité à l'initiative d'un particulier.

71. Bien que les juridictions et la doctrine allemandes semblent se partager sur le point de savoir s'il existe des « actes de gouvernement » (« *Regierungsakte* ») ou des « actes insusceptibles de recours juridictionnel » (« *Justizfreie Hoheitsakte* »), le résultat concret des deux analyses ne conduit pas, en réalité, à des solutions très divergentes. En effet, un recours introduit par un particulier ne sera recevable que si l'acte attaqué porte atteinte à ses droits subjectifs, et les actes par lesquels les grandes orientations politiques sont arrêtées comporteront rarement de tels effets.

72. Par ailleurs, la cour constitutionnelle a rappelé que l'exercice de la fonction judiciaire suppose l'existence de règles juridi-

35 — Pour une application, voir, par exemple, l'affaire « Governo della Gran Bretagna contre Guerrato » où la cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnel un décret en ce qu'il excluait tout recours à l'encontre des décisions du ministre de la Justice relatives aux saisies des biens appartenant à des États étrangers; la haute juridiction a indiqué: « Il fatto invero che tale esame possa in determinati casi riuscire delicato e financo difficile, non esclude che si tratta sempre di un accertamento di dati di fatto e giuridici che non può essere sottratto al sindacato giurisdizionale », 13 juillet 1963, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale*, 1976, Starace-De Caro, p. 126, 131.

36 — *Rivista di diritto internazionale*, vol. II 1969, p. 583, 586.

ques. On peut mentionner, à cet égard, une décision rejetant un recours contre une déclaration d'état d'alerte militaire au motif de l'absence de critères juridiques [37]. Selon la doctrine [38], c'est une démarche analogue que la cour constitutionnelle a adoptée dans son arrêt du 16 décembre 1983 [39], relatif à la décision du gouvernement fédéral d'autoriser l'installation des missiles Pershing. En effet, si la haute juridiction a estimé que certains griefs ne pouvaient donner lieu à contrôle du juge compte tenu de la marge d'appréciation des autorités politiques dans la conduite de la politique de défense, elle a, par ailleurs, recherché s'il existait un principe général de droit international public, au sens de l'article 25 de la loi fondamentale, interdisant la possession et l'utilisation d'armes nucléaires, pour conclure par la négative. Ce faisant, on a pu estimer que la Cour s'était refusée à user « de l'échappatoire qu'offre la théorie de l'acte de gouvernement » [40] en optant « pour une démarche qui allie la sagesse politique et le réalisme au souci de maintenir l'action des autorités publiques dans les bornes constitutionnelles. Celles-ci existent-elles, comme l'article 25 de la loi fondamentale, la Cour assume son rôle et confronte l'acte incriminé aux normes vantées » [41].

73. D'une manière générale, la marge d'appréciation reconnue aux autorités politiques dans le domaine des relations extérieures est considérable, car le gouvernement fédéral doit être, notamment, en mesure de tenir compte des réactions de ses partenaires dans l'adoption de ses décisions.

74. Le droit britannique a été abondamment évoqué par les parties qui ne semblent pas s'accorder sur son état exact à cet égard. En réalité, deux séries de situations semblent devoir être distinguées.

75. D'une part, les actes politiques mettant en cause les relations de la Couronne avec d'autres États, tels que conclusion et exécution des traités, déclarations de guerre: tout recours en validité est exclu à l'encontre de tels actes [42]. Quant au contentieux de la responsabilité, il semble que la « summa divisio » dépende du point de savoir si l'acte a été commis à l'extérieur ou à l'intérieur du territoire britannique. L'arrêt Buron/Denmann aurait exclu les recours introduits par un étranger pour un acte perpétré à son encontre à l'extérieur du territoire [43]. La question ne serait pas résolue de savoir si la même solution s'applique pour un ressortissant britannique [44]. En revanche, si l'acte a été commis à l'intérieur du territoire britannique, il ne pourrait être invoqué comme moyen de défense à l'encontre de tout plaideur [45].

76. D'autre part, les Cours britanniques ont parfois adopté des solutions de « réserve juridictionnelle » en présence de recours *entre des parties privées* mettant en cause indirectement le comportement d'États étrangers souverains. On cite, à ce propos, l'affaire « Buttes » dans laquelle Lord Wilberforce a indiqué: « *Leaving aside all possibility of embarrassment in our foreign relations (which it can be said not to have been drawn to the attention of the Court by the executive) there are ... no judicial or*

37 — *Bundesverwaltungsgericht*, 12 octobre 1962, BVenv GE 15, p. 63, 65.

38 — Ergec, R.: « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1986, p. 72, 77.

39 — Archiv des Völkerrechts, 1984, p. 220.

40 — Ergec, op. cit. p. 78.

41 — Ibid.

42 — Rustomjee/The Queen (1876) 2 QBD69,73, CA.

43 — Il s'agirait alors d'un « Act of State »; mais, comme le relève Lord Wilberforce dans l'affaire Buttes (AC. 1982, p. 939, 930-931), le terme « Act of State » peut également désigner des hypothèses où il s'agit, pour le juge, de déterminer l'application d'une législation étrangère dans son propre territoire.

44 — Attorney General/Nissan (1970), A. C. 1979 HL.

45 — Ibid.

manageable standards by which to judge these issues, or to adopt another phrase, the Court would be in a judicial no-man's land » [46].

77. Il convient de relever, à cet égard, que la jurisprudence américaine connaît, sous le nom de doctrine de l'« *Act of State* », des solutions analogues: les juges « s'abstenant » en présence de recours entre particuliers mettant en cause les comportements d'États tiers. Cette jurisprudence se fonde explicitement sur le pouvoir exclusif de l'exécutif dans le domaine des relations extérieures [47]. Et cette doctrine [48] est écartée lorsque le département d'État a expressément indiqué que son application en l'espèce ne servait pas les intérêts de la politique étrangère des États-Unis [49].

78. Par ailleurs, il n'est pas sans intérêt de faire ici une allusion à la doctrine américaine des « political questions » qui peut conduire le juge à s'abstenir en présence de litiges pour lesquels il estime qu'il n'existe pas de solution judiciaire [50]. Il convient simplement de relever, à cet égard, que l'existence de critères judiciaires d'appréciation [51] constitue l'un des facteurs déterminants [52] pour apprécier sa compétence.

79. Le droit français exclut tout débat contentieux à propos des actes mettant en cause les rapports du gouvernement avec un État étranger ou un organisme international. Tel est, notamment, le cas pour l'ensemble des actes relatifs à la négociation, à la conclusion et à la mise en œuvre d'accords internationaux [53]. D'une manière plus générale, échappe au contrôle juridictionnel l'activité des autorités françaises dans la conduite des relations étrangères [54]. Il s'agit là, pour le juge français, d'actes qui, par nature, ne sont pas susceptibles de recours, ou, encore, d'actes de gouvernement. Cependant, le champ d'application de cette « immunité » tend à rétrécir sous l'effet d'une double évolution:

— la théorie des « actes détachables » qui permet de soumettre ces derniers au juge

46 — *The law reports*, 1982, p. 938.

47 — Underhill/Hernandez, 168 US 250, 252 (1897) en a fondé le principe: « Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves. »

48 — La doctrine se plaît à souligner la différence entre acte de gouvernement et « Act of State » ainsi entendu: « Construction jurisprudentielle d'origine essentiellement anglo-saxonne, la doctrine de l'Act of State consiste à exclure de l'appréciation du juge la régularité des 'actes de souveraineté' des États étrangers, alors que la théorie de l'acte de gouvernement se rapporte aux actes de l'État du juge saisi. La doctrine de l'Act of State ressortit principalement du droit international public et du droit international privé, alors que l'acte de gouvernement se meut essentiellement dans la sphère du droit public interne » (Ergec, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans des matières qui se rattachent aux rapports internationaux », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1986, p. 73, 74); dans le même ordre d'idée, on a estimé que l'« Act of State » serait une « règle de conflits de lois du deuxième degré », Falck, cité par Brazyova « Reflections on Immunity of States from the point of view of international law », *Questions of International Law*, vol. 3, Dordrecht, 1986, p. 46.

49 — Dans l'arrêt First National City Bank, le juge Rehnquist a indiqué: « It would be wholly illogical to insist that such a rule (l''Act of State'), fashioned because of fear that adjudication would interfere with the conduct of foreign relations, be applied in the face of an assurance from that branch of the Federal Government that conducts foreign relations that such a result would not obtain », p. 483.

50 — Sur l'ensemble de la question, voir Lenaerts, K.: « Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen », p. 98 et suiv. et les références citées p. 104-105.

51 — Pour écarter l'application de la doctrine en cause dans l'affaire Baker/Carr, le juge Brennan a indiqué « Nor need the appellants, in order to succeed in this action, ask the Court to enter upon policy determinations for which judicially manageable standards are linking », 369 US 186, p. 691.

52 — Mais non exclusifs, voir l'énumération des conditions indiquées par Brennan, J. in Baker/Carr, précité, p. 691; voir, également, Lenaerts, précité.

53 — Jurisprudence constante; voir, par exemple, Conseil d'État (CE), 5 février 1926, Dame Caraco, p. 125; CE, 16 mars 1962, Prince Sliman Bey, p. 179; CE, 13 juillet 1979, Cofarex, p. 319.

54 — Suspension de la navigation dans une zone de sécurité maritime pour effectuer des essais nucléaires (CE, 11 juillet 1975; Paris de la Bollardière, p. 423); intervention auprès d'un État étranger pour protéger les biens ou intérêts d'un Français (CE, 2 mars 1966, Cramennel, p. 157); refus de saisir une juridiction internationale (CE, 9 janvier 1952, Geny, p. 17); refus de communiquer à un syndicat des propositions adressées à un organisme international (CE, 10 février 1978, CFDT, p. 61).

« dès l'instant que les autorités françaises jouissent d'une certaine indépendance dans le choix des procédés par lesquels elles exécutent leurs obligations internationales, qu'elles ont l'initiative des moyens grâce auxquels elles se conforment aux dites obligations »[55]; on mentionnera, à cet égard, les décisions prises en matière d'expulsion et d'extradition des étrangers;

— la consécration du principe d'une responsabilité sans faute de l'État du fait d'une convention internationale[56] régulièrement publiée, à condition que le préjudice allégué soit anormal et spécial et que sa réparation n'ait pas été exclue par la convention elle-même[57]; à ce jour, cette solution n'a pas été étendue aux actes et comportements relatifs à la conduite des relations extérieures.

80. Il convient, par ailleurs, de constater que l'« acte de gouvernement » a fait l'objet de sévères critiques[58], mais s'est trouvé également défendu comme étant la simple expression de l'incompétence du juge en présence de l'activité du gouvernement, distincte de l'activité administrative[59].

81. Dans des décisions relativement anciennes[60], le Conseil d'État luxembourgeois a appliqué la notion d'« acte de gouvernement » telle qu'admise en droit français. On relève qu'en l'état actuel du droit seuls les rapports du souverain avec un État étranger[61] pourraient bénéficier d'une immunité juridictionnelle.

82. Le droit hellénique connaît une notion d'acte de gouvernement exclusif de tout contrôle de légalité. Tel est notamment le cas de la conclusion des traités internationaux. Quant au contentieux de la responsabilité, la doctrine se partage sur la recevabilité des recours en la matière qui ne semble pas avoir été judiciairement résolue.

83. En Belgique, la question est discutée de savoir si la théorie de l'acte de gouvernement a été reçue par la juridiction nationale. Une récente étude[62], très fouillée, relative au contrôle juridictionnel de l'activité de l'administration dans le domaine des rapports internationaux incline à analyser la jurisprudence comme révélant davantage une réserve du pouvoir discrétionnaire.

84. En tout état de cause, il apparaît utile de mentionner les formules retenues par les arrêts. Ainsi, à propos de l'indépendance du Congo, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que « le grief s'adresse, sinon au pouvoir législatif, au pouvoir exécutif, dont les décisions souveraines échappent à la censure des tribunaux[63] ». Cette même juridiction, dans un litige en responsabilité opposant un parti-

55 — Conclusions Odent sous Tribunal des conflits, 2 février 1950, Radiodiffusion française, RDP, 1950, p. 423, 427.

56 — Une partie de la doctrine souligne que, « si les traités internationaux intéressent évidemment les relations de l'État français avec les États étrangers, ils ne sont pas des actes de gouvernement. Au fait qu'ils ne sont pas des actes de droit interne, puisqu'ils n'émanent pas du seul gouvernement français, s'ajoute le fait que leur régime est 'tout autre que celui des actes de gouvernement' », Chapus, *Droit administratif général*, 1985, p. 618-619.

57 — Conseil d'État, Compagnie générale d'énergie radio-électrique, 30 mars 1966, Rec. Lebon, p. 257; sur cet arrêt, voir AJDA, 20 juin 1966, Chronique Puissochet et Lecat, p. 349; cette jurisprudence marque, en fait, l'extension aux accords internationaux de la responsabilité sans faute du fait des lois.

58 — On a estimé que l'acte de gouvernement devait être banni du « droit public de tout pays civilisé », Duguit, *Traité de droit institutionnel*, 3e éd., III 1930.

59 — Chapus: « L'acte de gouvernement, monstre ou victime? », D. 1958, Chr. p. 5; d'autres auteurs estiment que l'incompétence résulte de la nature mixte de l'acte: Virally: « L'introuvable acte de gouvernement » RDP 1952, p. 338.

60 — Conseil d'État, 20 janvier 1876, Mangin; Conseil d'État, 26 avril 1933, *Pasicrisie* VIII 108; voir Bonn, A.: « Le contentieux administratif en droit luxembourgeois », p. 144, n° 157, et Schockweiler, F.: « Le contentieux administratif et la procédure administrative non contentieuse en droit luxembourgeois », p. 28, n° 74.

61 — F. Schockweiler, op. cit.

62 — Ergec, op. cit.

63 — 4 décembre 1963, JT 15 décembre 1963, p. 782, voir également Civ. Bruxelles, 23 septembre 1964, JT 25 octobre 1964, p. 600.

culier à l'État belge et à l'ONU à propos de l'intervention au Katanga, a jugé que « les cours et tribunaux sont sans pouvoir pour apprécier l'action diplomatique du pouvoir exécutif » [64].

85. Dans l'affaire Pittakos, le tribunal de Bruxelles, que le demandeur invitait à se prononcer sur des fautes relatives à l'octroi de l'indépendance du Congo sans transfert préalable au nouvel État du passif de la colonie, a jugé que l'État belge « objecte à *bon droit* que ce moyen nouveau ... est en tout cas mal fondé, l'octroi de l'indépendance étant un « acte de gouvernement » qui échappe à la censure du pouvoir judiciaire » [65].

86. Enfin, dans le domaine des accords commerciaux, le Conseil d'État a jugé « qu'il n'appartient pas à la requérante de critiquer l'opportunité de conclure des traités de commerce » [66].

87. Le droit néerlandais ne paraît pas sanctionner par l'irrecevabilité les recours en responsabilité introduits par un particulier à l'encontre d'actes relatifs aux relations extérieures.

88. Mais le considérable pouvoir discrétionnaire dont le gouvernement est investi en cette matière conduit le juge à observer une très nette réserve dans l'exercice de son contrôle. Cependant, il ne serait pas exclu qu'un recours puisse aboutir si un détournement ou un abus de pouvoir était clairement établi.

89. Quant au domaine spécifique de la négociation et de la conclusion des traités internationaux, il convient de constater que le président du Rechtbank de La Haye [67] a rejeté une demande d'interdiction portant sur un traité entre les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne au motif que semblable interdiction serait contraire à l'organisation des pouvoirs publics du royaume. Il convient également de mentionner le rejet de la requête visant à obtenir une vérification de compatibilité avec le droit international du traité entre les Pays-Bas et les États-Unis relatifs à l'installation des missiles Pershing, compte tenu de ce que le processus d'élaboration d'un acte international échappe à l'office du juge [68].

90. Enfin, le *Hoge Raad* [69] a décidé qu'un acte portant directement atteinte à la liberté et à la vie des personnes ne saurait être admis en dépit de la très grande marge discrétionnaire de la puissance publique dans l'exécution d'un traité, en l'occurrence de l'accord entre les Pays-Bas et l'Indonésie relatif à l'évacuation de militaires néerlandais d'origine indonésienne.

91. L'adoption de la Constitution espagnole de 1978 [70] aurait abrogé l'immunité dont bénéficiaient les actes politiques devant la juridiction administrative par l'effet de l'article 2, sous b), de la loi du 27 décembre

64 — 15 septembre 1969, *Pasicrisie belge*, p. 247, 249.

65 — 14 janvier 1963, JT 27 janvier 1963, p. 64, 66.

66 — 14 décembre 1973, Recueil des arrêts, p. 955.

67 — 21 mai 1984, KG 1984, 168.

68 — President Rechtbank Den Haag, 5 novembre 1985, KG 1985, p. 376.

69 — 2 mars 1951, NJ 51.217.

70 — En particulier, l'article 24.1 d'après lequel « toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée ».

1956. En tout état de cause, cette même disposition prévoyait la possibilité pour le juge d'accorder une indemnisation pour les actes concernés. Une attention toute particulière doit être portée à la jurisprudence du Tribunal suprême[71] accordant une indemnisation aux particuliers pour des dommages résultant directement ou indirectement de l'exercice par l'État de la protection diplomatique à leur égard.

92. En l'état de nos informations, depuis 1922, le droit irlandais n'aurait pas fait application d'une notion équivalant à l'« *Act of State* » ou au « *Prerogative Act* ». Il semblerait, par ailleurs, qu'un particulier pourrait agir en justice pour obtenir réparation de tout préjudice financier[72], et qu'une éventuelle immunité de l'État dans le domaine des relations étrangères ne pourrait être justifiée au regard de la Constitution[73].

93. En droit portugais, l'article 4.1 de l'*Estatuto dos Tribunais Administrativos et Fiscais* (ETAF) exclut tout recours à l'encontre des actes politiques. Il n'est pas contestable que les actes diplomatiques, et notamment la négociation et l'approbation de conventions internationales, relèvent de cette catégorie. Cependant, la question reste posée de la conciliation de la loi précitée avec l'article 20 de la Constitution qui accorde à l'individu une protection juridictionnelle contre tout acte affectant « ses droits et intérêts légitimement protégés ».

71 — 29 décembre 1986, REDI 1988 n° 2, note Castro-Rial Garrone; voir également, 16 novembre 1974, Aranzadi, Jurisprudencia, 1974, n° 4510; voir, à propos de cette décision, « Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno », M. Paz Andrés Sáenz de Santa María, ADI, vol. III (1976), p. 321.

72 — Byrne/Ireland, 1972, I. R. 241.

73 — Crotty/An Taoiseach (1987), 2 CMLR 657 qui affirme que le requérant jouit, en l'espèce, du droit d'agir pour soumettre ses griefs relatifs à la constitutionnalité de l'Acte unique européen.

94. Quelles conclusions peut-on tirer de cet examen?

95. Il serait, à notre avis, particulièrement hasardeux d'avancer que l'irrecevabilité des recours en responsabilité pour les actes de l'État dans le domaine des relations extérieures puisse s'analyser comme relevant des « principes communs au droit des États membres ».

96. Mais, en revanche, l'extrême limitation du contrôle juridictionnel en ce domaine constitue indiscutablement le fil d'Ariane de ce bref examen du droit des États membres.

97. Pour notre part, nous ne vous inviterons pas à adopter une notion analogue à celle de l'« acte de gouvernement » qui sanctionnerait par une irrecevabilité de principe l'introduction d'un recours en responsabilité relatif aux actes des institutions en matière de relations extérieures. Elle se révélerait, à notre avis, difficilement conciliable avec votre jurisprudence. Elle conduirait à introduire une condition supplémentaire à la recevabilité des recours directs des particuliers, car nul doute que la solution adoptée en matière de responsabilité ne doive être ensuite transposée au contentieux de légalité qui comporte, à notre avis, suffisamment d'obstacles en l'état actuel de votre jurisprudence.

98. Par ailleurs, elle ne pourrait se réclamer d'un véritable principe commun au droit des États membres, mais solliciterait excessivement la notion d'acte de gouvernement, fréquemment critiquée, et dont le champ d'application tend à se réduire sensiblement dans certains sytèmes juridiques qui l'ont consacrée avec le plus de rigueur.

99. Cependant, la fonction judiciaire réside dans le *contrôle du respect du droit.* Or, certains actes reposent sur des appréciations que le droit positif ne permet pas au juge de contrôler sans que ce dernier substitue alors sa propre décision à celle de l'institution dont le comportement lui est soumis. C'est là, nous l'avons vu, l'analyse explicitement retenue, notamment, par la cour constitutionnelle allemande[74]. Votre Cour, elle-même, nous paraît, en certaines occasions, avoir adopté une démarche analogue[75].

100. Mais ce refus du juge — il conviendrait mieux, d'ailleurs, d'évoquer l'impossibilité dans laquelle il se trouve — est révélé seulement par un examen au fond des griefs qui sont allégués[76]: il doit, pour cela, « regarder par-dessus le mur ». Dès lors, nous vous invitons, sinon à statuer sur le moyen d'irrecevabilité pour l'écarter, du moins à réserver votre jugement à cet égard après examen au fond. Cette seconde solution semble plus adaptée en l'espèce. En effet, il pourrait apparaître d'un juridisme excessif de déclarer recevable à ce stade le recours si vous deviez le rejeter ensuite au motif

« qu'une décision ... ne peut être prise qu'en vue des seuls intérêts généraux de la Communauté, à la suite d'une appréciation essentiellement politique qu'un particulier *ne peut attaquer en justice* »[77].

101. Cette conclusion serait-elle à infirmer en ce que l'argumentation de la requérante a trait, pour partie, à l'incompatibilité du sixième accord avec le traité CEE?

102. Le contrôle « a posteriori » des accords externes, « épineuse question »[78], a fait l'objet d'une réflexion doctrinale très approfondie dont nous ne livrerons ici que les lignes générales.

103. Le principe d'un contrôle a posteriori a été contesté au motif que l'existence d'une procédure préventive exclut tout recours ultérieur, même dans le cas où la Cour n'a pas été saisie d'une demande d'avis[79]. A l'encontre de cette thèse, on a observé qu'elle permettrait aux institutions et aux États membres de « contourner la procédure de révision en s'abstenant simplement de consulter la Cour »[80]. Dès lors, la Cour devrait pouvoir « constater l'inefficacité d'un accord irrégulier lorsque celui-ci serait invoqué devant elle soit directement, soit comme base d'un règlement ou d'une décision interne litigieuse »[81].

74 — Voir, également, cette décision du Conseil constitutionnel français du 15 janvier 1975, « interruption volontaire de grossesse »: « Considérant que l'article 61 de la Constitution *ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique* à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois mises à son examen », décision 74.54, Rec DC 19, souligné par nous; on peut ici également évoquer l'approche de la Cour suprême américaine.

75 — Voir votre arrêt Conseil/Parlement dans lequel vous avez indiqué que, « s'il incombe à la Cour de veiller à ce que les institutions constituant l'autorité budgétaire *respectent les limites de leurs compétences, il ne lui appartient pas d'intervenir dans le processus de négociation entre le Conseil et le Parlement qui doit aboutir, dans le respect de ces limites,* à l'établissement du budget général des Communautés » (souligné par nous); voir, également, Lenaerts (op. cit.) qui évoque également l'arrêt du 22 novembre 1978, Mattheus/Doego (93/78, Rec. p. 2203), dans lequel vous vous êtes déclarés incompétents pour répondre, en substance, à une question relative aux conditions de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal.

76 — Nous nous permettons, à cet égard, de renvoyer aux très récentes conclusions de l'avocat général M. Van Gerven dans l'affaire 70/87; après avoir écarté le moyen d'irrecevabilité soulevé par la Commission selon lequel la réglementation en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites n'accorderait à la requérante qu'une protection juridictionnelle limitée, notre collègue indique, *en examinant le recours au fond,* qu'il existe un pouvoir discrétionnaire de nature politique insusceptible de contrôle juridictionnel lorsque les notions auxquelles ce pouvoir est subordonné ne sont pas *juridiquement définissables* (point 18, p. 31 de la version française).

77 — 53/84, *Adams,* précité, point 15, souligné par nous.

78 — Jacot-Guillarmod, O.: *Droit communautaire et droit international public,* Genève, 1979, p. 237.

79 — Catalano, *Manuel de droit des Communautés européennes,* Paris, 1965, p. 73, en faveur de l'exclusion de tout contrôle a posteriori.

80 — Pescatore, P.: *Les relations extérieures des Communautés européennes,* 1961, p. 129.

81 — Ibid., p. 128.

104. S'agissant du fondement de la compétence de la Cour, on a fait observer qu'il serait impossible de qualifier comme « acte unilatéral » [82] des institutions un accord qui est le produit d'un « concours de volontés », avec une partie non justiciable de la Cour [83] et dont l'annulation ne peut, dès lors, être poursuivie devant vous [84].

105. Par ailleurs, les conséquences de l'annulation d'un accord international apparaissent comme des perspectives inenvisageables d'un point de vue juridique [85]. Enfin, l'opportunité d'un tel contrôle est fortement contestée « au nom de la sécurité juridique, de la protection des tiers et de la crédibilité politique de la Communauté » [86].

106. Cependant, en dépit de cette argumentation, non dépourvue de force, vous avez jugé, d'une part, qu'un accord conclu par le Conseil constituait, « *en ce qui concerne la Communauté, un acte pris par l'une des institutions* », comme tel sujet à votre interprétation [87], d'autre part, et surtout, que

« la question de savoir si la *conclusion d'un accord déterminé relève ou non des compétences de la Communauté* et si, le cas échéant, *ces compétences ont été exercées de manière conforme aux dispositions du traité* étant en principe susceptibles d'être soumises à la Cour de justice, soit *directement*, au titre de l'*article 169 ou* de l'*article 173 du traité*, soit *par la procédure préjudicielle*, il incombe donc de reconnaître que la Cour peut en être saisie par la procédure préalable de l'article 228 » [88].

107. Dès lors, c'est sans ambiguïté que le principe d'un contrôle a posteriori se trouve par vous affirmé [89].

108. Et vous avez, par ailleurs, contrôlé la base juridique d'une décision du Conseil relative à la conclusion d'une convention internationale, alors même qu'une partie de la doctrine incitait, nous l'avons vu, à voir là un acte de gouvernement [90].

109. Qu'en est-il cependant de la portée de votre contrôle en ce qui concerne le présent recours? Tout d'abord, existerait-il une impossibilité de principe d'exercer tout contrôle à l'égard d'un accord mixte, tel le sixième accord? Certains auteurs [91] l'ont fermement soutenu, relevant l'identité subs-

82 — La « décision du Conseil » prise pour la conclusion de l'accord constituait, à cet égard, un « acte de gouvernement » non susceptible de recours et, en tout état de cause, non détachable de l'accord; voir Kovar, « Les accords liant les Communautés européennes », RMC, 1974, p. 345, 358; Melchior, « La procédure de conclusion des accords externes de la CEE », *Revue belge de droit international*, 1965, p. 187.

83 — Voir Kovar, op. cit., p. 357.

84 — Voir, par ailleurs, contre un contrôle de validité par le biais de l'article 177, Kovar, JDI, 1976, p. 197; Simon, RTDE, 1975, p. 454; voir, également, Barav, ELR, 1977, p. 8.

85 — Selon O. Jacot-Guillarmod, une déclaration selon laquelle l'accord est nul et non avenu (article 174 du traité) serait une « aberration juridique »; l'annulation de l'acte d'approbation communautaire « aboutirait au même résultat catastrophique » et prétendre que l'on ne porte pas atteinte à l'accord lui-même serait, dans ce dernier cas, une « inconséquence dualiste » car les deux actes sont indissociables, op. cit., p. 240.

86 — Voir Denys Simon, « Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes », RTDE, 1975, p. 454.

87 — Arrêt du 30 avril 1974, Haegemann, points 3, 4, 5 et 6 (181/73, Rec. p. 449), souligné par nous.

88 — Avis 1/75, précité, souligné par nous.

89 — On a observé le « contraste paradoxal » de cette prise de position avec l'attitude adoptée par votre Cour en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité exercé au plan national sur la loi d'approbation des traités, Joliet, « Le droit institutionnel des Communautés européennes, les institutions, les sources », 1983, p. 252.

90 — Arrêt du 27 septembre 1988, Commission/Conseil (165/87, Rec. p. 5545).

91 — Melchior, op. cit.; Joliet, op. cit., qui indique: « Au point de vue de la Communauté, c'est la procédure de l'article 228, paragraphe 1, premier alinéa, du traité CEE qui sera suivie; du point de vue des États membres, c'est la procédure ordinaire de conclusion des traités internationaux qui sera mise en œuvre. La procédure de conclusion d'un accord mixte ressemble donc de très près à la procédure de révision de l'article 236, surtout si la base choisie est, dans le chef de la Communauté, l'article 238 du traité CEE qui implique la consultation du PE. Se posera donc la question de savoir quels sont les rapports (hiérarchie ou égalité) entre le traité CEE lui-même et l'accord mixte », p. 237; « l'on voit mal comment la CJCE pourrait s'arroger le pouvoir d'apprécier la validité d'un traité signé et ratifié par les États membres », p. 251.

tantielle de la procédure en pareil cas avec celle de la procédure de révision de l'article 236. Mais on a relevé, par ailleurs, que « les États membres ne sont censés avoir participé (à l'accord) que pour la partie relevant de leur compétence et non pas pour celle relevant de la compétence communautaire. La possibilité de contrôle juridictionnel est donc intacte pour les dispositions qui relèvent de cette dernière compétence » [92].

110. La discussion du mérite de ces deux thèses dépasserait le cadre des présentes observations. En tout état de cause, la première ne nous paraît pas soutenable en présence d'accords conclus, comme en l'espèce, sur la base de l'article 113, puisque dans ce cas la procédure applicable est substantiellement distincte de celle de l'article 236, notamment en ce qu'elle ne comporte pas de consultation du Parlement européen.

111. Mais, en l'espèce, la difficulté essentielle à résoudre porte sur le point de savoir si l'absence formelle de l'article 178 parmi les voies de droit que vous avez énumérées suffit à exclure les actions en responsabilité. Il convient sans doute de faire preuve d'une grande prudence à cet égard, mais il nous semble périlleux de solliciter cette absence comme signifiant l'exclusion de cette voie de droit. Il faut, à cet égard, souligner qu'un recours en responsabilité, dont l'objet porte sur l'*octroi d'une indemnité*, ne comporte pas davantage d'inconvénients que le contrôle de légalité des accords externes, inconvénients que vous avez néanmoins écartés par votre avis précité.

112. Mais, bien évidemment, fût-ce dans le cadre d'un recours en responsabilité, il apparaît exclu que vous puissiez examiner le caractère prétendument fautif de décisions relatives à un accord externe lorsque celles-ci relèvent de *strictes appréciations d'opportunité*[93] qu'aucune règle du traité ne vous permettrait de contrôler. Nous retrouvons là exactement, nous semble-t-il, les termes de l'analyse que nous vous avons déjà présentée. En conséquence, nous maintiendrons notre conclusion en vous proposant de réserver votre jugement sur le moyen d'irrecevabilité avec le fond.

92 — Louis, J.-V.: *L'ordre juridique communautaire*, 4e éd., p. 84.

III — Le détournement de la voie de droit de l'article 215

113. Indiquons-le nettement: l'exception des institutions défenderesses présente, à cet égard, une pertinence très inégale.

114. Nous vous proposerons, tout d'abord, d'écarter deux de leurs arguments qui n'appellent qu'un très bref examen.

115. D'une part, elles soutiennent que, si vous admettiez la recevabilité du recours, vous seriez obligés de procéder à un réexamen de décisions politiques sur une base ex post facto afin de déterminer la gravité de la faute éventuellement imputable à la défenderesse.

116. Vous constaterez qu'il s'agit, à nouveau, de soulever le moyen tiré de l'immunité juridictionnelle de la Communauté. Quant à l'évocation de la difficulté d'apprécier des comportements passés dont le caractère fautif est allégué, elle témoigne d'une sollicitude certaine pour votre Cour,

93 — M. Melchior (op. cit., p. 209), à propos de l'étendue de votre contrôle dans le cadre de l'avis de l'article 228, souligne qu'il ne peut être question que d'un contrôle de légalité et non d'opportunité dans ce cadre; c'est a fortiori qu'une semblable solution doit être retenue dans le cadre contentieux, y compris celui de la responsabilité.

mais ne constitue pas un motif d'irrecevabilité.

117. D'autre part, le recours tendrait « à exiger effectivement de la Cour qu'elle ordonne aux institutions communautaires d'agir désormais d'une certaine manière, qui soit compatible avec la conception qu'a la requérante de ce que la Communauté aurait dû faire en tant que participant au sixième accord, et ce nonobstant le fait que, même si la Communauté avait agi de la sorte, le résultat pour la requérante n'aurait pas nécessairement été différent ». Cet argument a trait pour partie au lien de causalité, donc au fond de l'affaire, et se fait à nouveau l'écho de la limitation de votre contrôle.

118. Ensuite, le recours viserait, en réalité, à obtenir l'annulation d'un « grand nombre d'actes » du CIE et de ses membres, dont la Communauté. En ce qu'il a trait à des actes ou à des comportements non soumis à votre juridiction, ce moyen se confond avec celui que nous examinerons ultérieurement selon lequel vous êtes invités à vous prononcer sur la responsabilité du CIE.

119. Limitons-nous donc à apprécier la pertinence de cet argument d'irrecevabilité en ce qu'il a trait aux actes ou omissions de la Communauté.

120. Il ne nous paraît pas contestable que le recours de Maclaine Watson tend « à faire constater des droits subjectifs » [94] à l'encontre de la Communauté. Or, l'autonomie du recours en indemnité par rapport aux recours en annulation [95] et en carence [96] constitue une solution fermement établie par votre jurisprudence, et d'ailleurs admise par les institutions défenderesses dans leurs observations. Ces principes doivent s'appliquer tout particulièrement en l'espèce, y compris, à notre avis, au grief fait à la Commission de n'avoir pas engagé à l'encontre des États membres de la CEE les « démarches appropriées », le cas échéant par le truchement de procédures en vertu de l'article 169 du traité CEE, en vue notamment de les contraindre à assurer leurs obligations financières à l'égard du CIE [97], ainsi qu'au moyen relatif à la faute qu'il y aurait eu à ne pas empêcher l'abus de position dominante dont auraient été constitutives les activités de ce dernier.

121. Dès lors, vous écarterez cet argument d'irrecevabilité.

122. Par ailleurs, selon les institutions défenderesses, le présent recours serait irrecevable en ce qu'il viserait à vous faire connaître, en réalité, d'une action en responsabilité contractuelle dirigée contre la Communauté pour les dettes d'un tiers. Et Maclaine Watson tenterait d'imposer à cette dernière un rôle de garant ou d'assureur.

94 — Conclusions A. Dutheillet de Lamothe sous 9/71 et 11/71, Compagnie d'approvisionnement, arrêt du 13 juin 1972, Rec. p. 411.

95 — 9/71 et 11/71, précité; arrêt du 2 décembre 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt (5/71, Rec. p. 975); arrêt du 24 octobre 1973, Merkur (43/72, Rec. p. 1055); arrêt du 4 octobre 1979, Ireks-Arkady (238/78, Rec. p. 2955); arrêt du 4 octobre 1979, DGV (241/78, 242/78, 245/78 à 250/78, Rec. p. 3017); arrêt du 4 octobre 1979, Interquell Stärke-Chemie (261/78 et 262/78, Rec. p. 3045); arrêt du 12 décembre 1979, Hans-Otto Wagner (12/79, Rec. p. 3657); arrêt du 12 avril 1984, Unifrex (281/82, Rec. p. 1969); arrêt du 17 décembre 1981, Ludwigshafener Walzmühle (197/80 à 200/80, 243/80, 245/80 et 247/80, Rec. p. 3211).

96 — Arrêt du 28 avril 1971, Lütticke (4/69, Rec. p. 325); arrêt du 2 juillet 1974, Holtz et Willemsen (153/73, Rec. p. 675).

97 — Voir Robert Lecourt in *Mélanges Teitgen*, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », p. 223, 229; voir conclusions A. Dutheillet de Lamothe sous 4/69, précité: « nous pensons donc que la circonstance que le fondement de l'action en responsabilité dans la présente espèce est tiré d'une méconnaissance des articles 97, deuxième alinéa, ou 169 du traité est d'une grande importance quant au fond ... mais qu'elle est ... sans influence sur la recevabilité du recours en indemnité ».

123. D'*un point de vue économique*, le préjudice de la requérante trouve évidemment sa source dans l'inexécution des engagements du CIE. Mais, comme elle le rappelle fort justement, le fait d'un tiers peut avoir entraîné l'inexécution d'un contrat. L'action engagée par le créancier à l'encontre de l'auteur du fait dommageable n'en revêtira pas moins une nature extracontractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle.

124. Et la requérante affirme ne pas vous demander de condamner la Communauté à honorer les contrats du CIE, mais à réparer le préjudice qu'aurait entraîné son propre comportement.

125. Cependant, en tout état de cause, la recevabilité de l'un des moyens allégués par la requérante soulève de sérieuses réserves: il s'agit de celui relatif à la responsabilité sans faute de la Communauté. Nous ne sommes pas, pour notre part, hostile à ce que ce type de responsabilité soit consacré en droit communautaire, tout en relevant que la définition de son régime ne manquerait pas de soulever de sérieuses difficultés compte tenu des règles que vous avez posées quant à la responsabilité pour faute.

126. Mais il apparaît qu'en l'espèce la requérante, en invoquant ce moyen, recherche, en réalité, la responsabilité de la Communauté pour les dettes du CIE. Rappelons, tout d'abord, l'argumentation qui vous est soumise à cet égard. Après avoir souligné que votre jurisprudence a pris soin de ne jamais exclure le principe d'une responsabilité sans faute, la requérante vous invite à déclarer la Communauté tenue de réparer son préjudice sur ce fondement, en indiquant que l'élaboration du sixième accord par la Communauté et sa participation au CIE ont conduit à lui imposer une perte qui dépasse de loin les risques inhérents à l'exercice normal de ses activités. Si, sur un marché du type du LME, un négociant court des risques du fait des fluctuations des cours ou du manquement d'un de ses partenaires à ses obligations, la « faillite » du CIE dépasse les limites des risques économiques inhérents aux opérations menées sur ce marché. Résultant exclusivement de l'institution du sixième accord et de la façon dont on a permis au CIE de fonctionner, la totalité de ce risque ne peut être imposée à la seule requérante (et aux autres personnes ayant eu des liens directs avec le CIE). Dès lors, si l'intérêt public justifiait que la Communauté adhère au sixième accord et soit membre du CIE, ses conséquences préjudiciables devraient être supportées par la Communauté dans son ensemble et non par un petit nombre d'individus.

127. Cette argumentation ne nous paraît jamais que l'ingénieux « habillage » d'une action visant à rechercher, dans le cadre d'une action extracontractuelle, la responsabilité de la Communauté, en tant que membre du CIE, pour les dettes contractuelles de ce dernier. Selon la requérante elle-même, le fait imputable à la Communauté résulte de son adhésion au sixième accord et de sa qualité de membre du CIE. Le risque que la défenderesse serait tenue de réparer serait « lié à l'institution du sixième accord et aux activités subséquentes du CIE ». Plus concrètement, qu'il nous soit permis d'indiquer que ce « risque » s'identifie purement et simplement à celui de l'insolvabilité du CIE. Et le seul lien qui existe entre ce passif et la Communauté réside dans le fait que celle-ci est membre de l'organisation.

128. Dès lors, le point de savoir si la partie requérante — et les « autres personnes et entreprises ayant eu des liens directs avec le CIE » — doit supporter seule la totalité de ce risque ou si la Communauté dans son

ensemble est tenue à réparation tend exactement à vous faire trancher, par le truchement d'une action en responsabilité extra-contractuelle, la *question de l'obligation des membres du CIE en tant que tels à l'égard des créanciers de l'organisation.* En conséquence, il s'agit là d'un moyen qui constitue une tentative subreptice de porter devant vous une action qui se confond point par point avec la demande dont la requérante vous a elle-même indiqué qu'elle n'entrait pas dans le cadre du présent recours. Elle a tenu, en effet, à vous faire part de ce qu'elle qualifie comme étant sa « prétention principale », à savoir que les membres du CIE sont « contractuellement » tenus d'exécuter les créances de cette organisation, prétention actuellement soumise à l'examen des juridictions britanniques[98]. Vous constaterez que le présent moyen tend, en réalité, à soumettre ce même problème devant votre Cour.

129. Les institutions communautaires soutiennent, enfin, que le recours tenterait d'imposer à la Communauté, du fait de sa participation au CIE, une prétendue responsabilité de cette organisation et porter ainsi le litige devant votre Cour, juridiction dont ce dernier ne relève pas.

130. Rappelons, tout d'abord, l'argumentation de Maclaine Watson. Elle affirme que le motif de son action ne réside pas dans le comportement illicite du CIE, mais dans le comportement propre de la Communauté. Celle-ci:

— serait, *en tant que membre du CIE*, qu'il ait ou non la personnalité morale, responsable des fautes de ce dernier;

— serait « responsable en droit » des nombreuses fautes de gestion du CIE en raison de son influence au sein de ce dernier, compte tenu du nombre de votes qu'elle détenait et qui lui aurait permis de faire en sorte qu'une attitude responsable soit adoptée.

131. Indiquons-le d'emblée: il s'agit là de deux moyens qui sont irrecevables:

— le premier, car la seule qualité de membre du CIE ne permet pas d'imputer à la défenderesse les fautes de l'organisation compte tenu de la personnalité distincte de celle-ci;

— le second, car la recherche de la responsabilité de la Communauté pour ce qui serait son propre comportement au sein du CIE exige, en tout état de cause, la constatation préalable des fautes de gestion de ce dernier et, plus généralement, de sa responsabilité à cet égard, appréciation qui excède votre juridiction.

Reprenons ces deux points.

132. Selon la requérante, le CIE aurait poursuivi son activité dans une situation financière désespérée que toute étude sérieuse aurait fait apparaître. Dans ces conditions, la Communauté serait responsable en sa qualité de membre. Si le CIE ne jouit pas de la personnalité morale, les fautes sont imputables directement à ses membres. En revanche, au cas où il existe une personnalité morale distincte, ce sont les principes communs à la responsabilité des directeurs de sociétés commerciales qui

98 — Voir p. 7 de la version française du recours; précisons que Maclaine Watson vous a indiqué à l'audience avoir abandonné toutes ses actions à l'encontre de la Communauté devant les juridictions britanniques.

doivent s'appliquer pour la responsabilité des membres.

133. Il convient, tout d'abord, de déterminer si le CIE jouit d'une personnalité distincte de celle de ses membres. Or il ne suffit pas, à notre avis, de tirer argument de l'article 16 du sixième accord qui a trait à la personnalité *civile* de l'organisation [99].

134. La question qui se trouve ici posée est de savoir si le CIE peut être considéré comme un « sujet de droit autonome » [100] par rapport à ses membres, une entité distincte de ces derniers. C'est précisément cette question de la personnalité internationale que la Cour internationale de justice a été amenée à examiner à propos de l'ONU dans l'avis « Réparation des dommages subis au service des Nations unies », où la haute juridiction a affirmé: « La charte ne s'est pas bornée à faire simplement de l'organisation créée par elle un centre où s'harmoniseraient les efforts des nations vers les fins communes définies par elles ... Elle lui a donné des organes; elle lui a assigné une mission propre; elle a défini la position des membres par rapport à l'organisation en leur prescrivant de lui donner pleine assistance dans toutes actions entreprises par elle, d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité » [101]. Ces critères, dégagés pour caractériser la personnalité de l'ONU dans ses rapports avec les États membres, paraissent largement réunis dans le cadre du CIE.

135. Tout d'abord, le Conseil international de l'étain, en mettant en œuvre le sixième accord, est chargé de poursuivre la réalisation des objectifs de ce dernier: à savoir, en substance, assurer un équilibre mondial du marché de l'étain. Or, il ne se borne pas, à cet égard, à « harmoniser » les efforts des membres, mais, en toute hypothèse, assure lui-même, par des moyens qui lui sont propres, cette mission. Ce faisant, le Conseil manifeste une volonté distincte des membres qui le composent en ce que sont prises à la *majorité*, simple ou qualifiée selon les cas, des décisions essentielles à cet égard:

— fixation des prix planchers et prix plafonds,

— emprunts pour les besoins du stock régulateur,

— contrôle des exportations.

Ensuite, la position des membres par rapport au CIE est définie en ce qu'ils sont *liés* par ces décisions (article 41, deuxième alinéa) et doivent mettre tout en œuvre pour favoriser la réalisation des objectifs de l'accord. Constatons qu'il s'agit là de principes analogues à ceux que contient la charte de l'ONU à propos de laquelle la Cour internationale de justice a indiqué, rappelons-le, qu'ils *définissaient « la position des membres par rapport à l'organisation* en leur prescrivant de lui donner pleine assistance dans toutes actions entreprises par elle ..., d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité ». Enfin, le président du CIE constitue un véritable organe. C'est devant ce *président indépendant*, élu à la majorité des deux tiers des membres, que le directeur du stock est responsable. Par ailleurs, le président dispose de pouvoirs propres, tel celui de limiter ou de suspendre les opérations du stock régulateur hors les sessions du Conseil.

99 — Sur la distinction entre personnalité civile et personnalité internationale, et les deux aspects que revêtirait celle-ci, voir Pescatore, « les relations extérieures des Communautés européennes », p. 32 et suiv.

100 — Denys Simon: «L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales», Pedone, 1981, p. 639.

101 — CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. CIJ 1949, p. 178.

136. En conséquence, le CIE apparaît bien comme une entité distincte de ses membres, doté d'un « vouloir propre ». Son comportement ne peut donc être imputé à l'un de ses membres sans méconnaître l'« individualisation » de l'organisation par rapport à ces derniers. Observons que, dans ces conditions, la référence aux solutions du droit privé relatives aux responsables des sociétés commerciales est dénuée de toute pertinence. On ne pourrait, par exemple, solliciter l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire Barcelona Traction [102] La haute juridiction a, certes, à cette occasion considéré que la levée du « voile social » pouvait être applicable en droit international, mais il s'agissait précisément de *sociétés commerciales privées.* Or, concernant une organisation internationale, comme on l'a relevé, « il convient d'écarter toute analogie — qui ne pourrait qu'être abusive — avec les mécanismes du droit commercial » [103].

137. Bien qu'il s'agisse là d'une réflexion relative à la responsabilité des membres du CIE pour ses dettes [104] , c'est « a fortiori » que cette analyse doit s'appliquer à l'*imputabilité* des comportements de ce dernier. L'impossibilité d'imputer les comportements d'une organisation internationale à l'un de ses membres résulte de l'institution d'une personnalité morale distincte, même si certains estiment que l'existence de celle-ci peut laisser ouvert le principe de la responsabilité pour les dettes de la personne morale.

138. En conséquence, vous déclarerez irrecevable le moyen imputant les fautes du CIE à la Communauté, en sa seule qualité de membre de l'organisation.

139. Procédons désormais à l'examen du moyen qui tend à rechercher la responsabilité de la Communauté pour ce qui serait son comportement au sein du CIE relativement aux fautes de gestion de ce dernier. Vous vous en souvenez, selon la requérante, la Communauté n'aurait pas, de façon générale, exercé son influence de manière à ce que le CIE agisse dans le sens de la responsabilité financière. Notamment, elle n'aurait pas appuyé les tentatives du Royaume-Uni visant à éclaircir la situation du stock régulateur, et se serait opposée à l'augmentation des contributions financières ainsi qu'au contrôle de la production. La « minorité de blocage » dont la Communauté aurait disposé au sein du CIE constituerait donc la raison pour laquelle elle pourrait être poursuivie devant vous.

140. Rappelons ici que le nombre de votes que la Communauté aurait détenus, plus de la moitié de ceux attribués aux pays consommateurs, ne permet pas d'imputer à la défenderesse le comportement du CIE, *c'est-à-dire de le lui attribuer,* eu égard à la personnalité distincte de l'organisation.

141. En revanche, peut-elle en être responsable sans que soient au préalable établies les fautes du CIE lui-même? Nous ne le pensons pas. Il convient, à cet égard, de

102 — CIJ, 5 février 1970, Rec. CIJ 1970, p. 1, 39.

103 — «Crise du Conseil international de l'étain», Eisenmann, P., op. cit., p. 730.

104 — En effet, la personnalité distincte de l'organisation et la responsabilité des membres constituent deux problèmes distincts; c'est là tout le débat, étranger au présent recours, que soulève la question de l'engagement des membres pour les dettes du CIE. Les juridictions britanniques ont considéré à ce jour que l'existence de la personnalité morale exclut tout engagement des membres pour les dettes de l'organisation. Bon nombre d'auteurs considèrent qu'il est essentiel de rechercher, à cet égard, si les statuts ont prévu une exclusion claire de la responsabilité des membres (voir, notamment, Mann. F. A.: «International corporations and national law», BYIL 1967, p. 145, 160-161; voir Schermers, «Liability of international organization», 1 L JIL (1988), p. 3. 8-9; Chimni, op. cit., p. 208; pour une thèse affirmant le principe d'une responsabilité, au moins subsidiaire, des membres pour les obligations de l'organisation, Seidl-Hohenveldern, op. cit., p. 423 et suiv.; voir, dans ce sens, la décision du tribunal d'arbitrage de la CCI dans l'affaire Westland; contra. Eisenmann, op. cit.).

constater que la responsabilité de la Communauté pour ne pas avoir empêché les fautes du CIE suppose nécessairement que celles-ci soient établies et aient provoqué le préjudice dont la requérante poursuit la réparation. Toute la construction de l'argumentation qui vous est soumise à cet égard repose sur l'énumération de très nombreux comportements fautifs du CIE [105] que la Communauté ne se serait pas employée à prévenir ou à corriger, si elle ne les avait pas même parfois facilités. Or, le préjudice invoqué constitue, logiquement, d'abord le résultat des fautes alléguées du CIE dont la Communauté serait responsable. En d'autres termes, bien que le présent recours évite soigneusement d'être plus explicite, la référence massive aux fautes du CIE se réfère inéluctablement à la responsabilité qui en résulterait pour l'organisation en raison de sa propre gestion [106].

142. Mais la recherche de la responsabilité des membres du CIE, dont la Communauté, alors que le préjudice allégué serait consécutif aux actes et aux missions de l'organisation, exige de se prononcer, au préalable, sur les fautes de celle-ci, et de rechercher, le cas échéant, si là est l'origine du dommage invoqué. Nous disons « au préalable » car il est manifeste que, pour le cas où, par exemple, les fautes du CIE ne pourraient être considérées comme la cause du dommage, bien évidemment la Communauté ne pourrait être recherchée pour un comportement qui aurait consisté à ne pas les empêcher. Il s'agit donc là de la condition première à laquelle se trouverait subordonnée la recherche de la responsabilité de la Communauté pour ce qui serait son comportement en son sein.

105 — Voir p. 98 à 101 de la version française du recours.

106 — Si vous vous reportez à cet égard, comme la requérante vous y a invités à l'audience, au recours dans l'affaire 19/89, vous constaterez qu'il y est fait une référence explicite à la responsabilité extracontractuelle du CIE.

143. Mais vous ne pouvez vous prononcer sur cette question préalable de la responsabilité du CIE pour ses fautes de gestion. Votre Cour est dotée d'une *compétence d'attribution.* Cette compétence ne vous permet pas de vous prononcer sur les fautes que le CIE, au regard du sixième accord, aurait commises dans sa gestion. Or, l'examen du moyen en cause supposerait que vous statuiez à cet égard, *au préalable,* excédant ainsi cette compétence. Nous concluons, en conséquence, à son irrecevabilité.

144. Cette conclusion soulève, à notre avis, une interrogation plus fondamentale. En admettant la prémisse de Maclaine Watson selon laquelle la participation de la Communauté au CIE serait distincte des activités de l'organisation elle-même, nous avons constaté qu'il était inéluctable de se prononcer au préalable sur les fautes de cette dernière. Or, cette impasse ne résulterait-elle pas de ce que le prétendu « comportement » de la Communauté se confond en réalité intégralement avec le processus de décision interne de cette organisation? Il est bien évident que, si vous considériez qu'on ne peut « détacher » des activités du CIE la participation d'un de ses membres aux activités de l'organisation, vous constateriez alors que Maclaine Watson vous invite à connaître *exclusivement* du comportement du CIE lui-même.

145. En revanche, le moyen relatif à la violation par la Communauté du « devoir d'avertissement » et de « sollicitude » à l'égard de la requérante ne suppose nullement que vous vous prononciez au préalable sur la responsabilité du CIE. Son examen implique que soit, tout d'abord, déterminé si pareilles obligations incombaient à la Communauté dans le cadre du sixième accord. Il doit donc être apprécié avec le fond.

146. Le moyen tiré de ce que la Communauté n'aurait pas empêché l'abus de position dominante dont les activités du CIE auraient été constitutives soulève, à notre avis, une question qui ne se confond pas exactement avec celle du contrôle de la conformité du sixième accord avec le traité CEE. Il s'agit, en effet, de savoir si les institutions de la Communauté auraient pu invoquer, voire *appliquer*, le droit communautaire à l'encontre de l'organisation internationale. En d'autres termes, les rapports entre le CIE et ses membres peuvent-ils être régis par le droit de l'un de ces derniers? Tels sont, nous semble-t-il, les termes de la question que nous vous proposerons d'examiner avec le fond tant elle nous paraît intimement mêler les aspects relatifs à celui-ci et à la recevabilité même du moyen en cause.

147. En conséquence, nous vous invitons:

1) à réserver avec le fond votre jugement sur la recevabilité des moyens du recours relatifs

   — à la violation par la Communauté de ses devoirs d'« avertissement » et de « sollicitude » à l'égard de la requérante;

   — aux fautes commises par la Communauté en signant le sixième accord et en participant à la décision de le mettre provisoirement en vigueur, compte tenu de son caractère intrinsèquement vicié et incompatible avec le traité CEE;

   — au défaut d'exercice par la Communauté de ses compétences exclusives lors de la négociation du sixième accord et à sa participation à ce dernier;

   — à la non-consultation du Parlement européen;

   — à l'absence de démarches appropriées de la Commission auprès des États membres de la CEE en ce qui concerne leur participation au sixième accord;

   — à l'omission par la Communauté d'avoir empêché l'abus de position dominante dont auraient été constitutives les activités du CIE;

2) à déclarer irrecevable le surplus des moyens invoqués par la requérante;

3) à réserver les dépens.

Annexe

1) Pour les actions engagées à l'encontre du CIE, voir notamment:

— 17 avril 1986, Standard Chartered Bank/ITC and others (Queen's Bench Division — Bingham, J.) (1986) 3 AllER257, (1987) 1WLR641, in re ITC, 22 janvier 1987 (Chancery Division — Millett, J.) 1CH419, (1987) 1AllER890 (1987) 2WLR1229 et, en appel, 27 avril 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Financial Times* du 4 mai 1988;

— 13 novembre 1986, Maclaine Watson/ITC (Queen's Bench Division — Staughton, J.);

— 13 mai 1987, Maclaine Watson/ITC (Chancery Division — Millet, J.) (1987) 2AllER787 et, en appel, 27 avril 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Financial Times* du 3 mai 1988;

— 9 juillet 1987, Maclaine Watson/ITC (Chancery Division — Millett, J.) (1987) 3AllER886, (1987) 1WLR1711), 18 décembre 1987 (même juge) non publié, et, en appel, 27 avril 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Times* du 5 mai 1988;

— 9 juin et 5 juillet 1988, Maclaine Watson/ITC (Chancery Division — Millett, J.; Chancery Division — Peter Gibson, J.), *Times* des 27 juin et 16 juillet 1988; voir, devant les juridictions américaines 25 janvier 1988, ITC/Amalgamet, 524NYS2d971. Supreme Court New York County, *American Journal of International Law*, 1988, p. 837.

2) En ce qui concerne les actions engagées contre les membres du CIE sur le point de savoir s'ils sont tenus aux dettes contractuelles de ce dernier:

— 24 juin 1987, Rayner (Mincing Lane) and others/Department of Trade and Industry (DTI) (Queen's Bench Division — Staughton J.) (1987) BCLC667, et 29 juillet 1987, Maclaine Watson/DTI (Chancery Division — Millet, J.) (1987) BCLC707;

— sur appel à l'encontre de ces deux décisions, 27 avril 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Times* des 28 avril 1988 et 30 juin 1988 (Court of Appeal — Civil Division); par ailleurs, la High Court of Justice refuserait partiellement l'immunité à tous les États membres du CIE, défendeurs à l'action pour faute à leur égard engagée par différents créanciers du CIE.