

L'"Acte international" selon le droit communautaire

Patrick DAILLIER,
Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre

Tout ordre juridique est confronté à la nécessité de situer ses propres sources du droit vis-à-vis de celles des autres ordres juridiques avec lesquels il a des rapports. Le droit communautaire n'échappe pas à la règle. Cette nécessité et la difficulté de la réponse sont d'autant plus marquées pour l'ordre juridique communautaire qu'il est dans une position en quelque sorte "intermédiaire", entre l'ordre juridique international général et les ordres juridiques nationaux des Etats membres de l'Union européenne.

D'où l'intérêt théorique que présente la question de la définition de l'acte juridique international du point de vue du droit communautaire. Certes, ce n'est pas une question aussi "attractive" que celle de la reconnaissance de la compétence externe de l'Union européenne, ou que celle de l'applicabilité des accords internationaux dans la Communauté européenne¹, qui ont plus retenu l'attention de la doctrine. Mais on peut soutenir qu'elle est indirectement, de façon plus "insidieuse" peut-être, aussi révélatrice du conflit potentiel entre la souveraineté des Etats membres et les exigences de la construction communautaire.

On a pourtant la surprise de constater que les précédents utiles sont surtout jurisprudentiels² et en nombre relativement restreint.

Serait-ce que la question de la définition de l'acte international selon le droit communautaire est un faux problème, ou à tout le moins un problème marginal ? On peut en douter : les débats sur la place des engagements conventionnels dans l'ordre juridique communautaire et sur la participation des Communautés aux relations internationales conventionnelles n'ont-ils pas une ampleur et une densité remarquables ? Or la question qui nous occupe est un préalable à de tels débats. De plus, une partie - prééminente, dans la

¹ Voir l'intéressante mise au point d'E. Schaeffer, "Monisme avec primauté de l'ordre juridique communautaire sur le droit international", *Etudes en hommage au professeur M. Mateesco-Matte*, *ADMA*, 1993, pp. 565-589.

² Il est vrai que l'on doit faire preuve de prudence face à la pratique des Etats membres, dès lors que la Cour de Luxembourg ne s'estime pas liée par la terminologie retenue par les Etats pour qualifier leurs actes juridiques (jurisprudence constante depuis l'affaire *AETR*, 22-70, 31 mars 1971, *Rec.* 1971, p. 263).

hiérarchie des normes communautaires - de cet ordre juridique n'est-elle pas constituée par les traités constitutifs et leurs amendements successifs, qui sont tous des actes internationaux³.

L'explication est-elle, tout simplement, que le droit communautaire peut s'en tenir à la définition de l'acte international fournie par le droit international général ? Ce serait sous-estimer l'importance et la complexité du débat communautaire sur la distinction entre acte conventionnel et acte unilatéral lorsque les organes communautaires sont en droit d'adopter des actes de l'une ou l'autre nature, alors que ce débat reste assez marginal dans les relations internationales générales.

L'explication ne serait-elle pas plutôt que le droit communautaire doit emprunter les définitions retenues par le droit interne de ses Etats membres, à défaut d'une réponse explicite dans le traité de Rome ? Ce serait nier *a priori* une autonomie de l'ordre juridique communautaire, dont on sait combien elle est en arrière-plan de toute la construction prétorienne du droit communautaire.

Cette situation de "pénurie" relative est d'autant plus surprenante que, de la qualification d'acte communautaire ou d'acte international, dépend la définition du régime juridique de l'acte dont on sait combien il est spécifique s'agissant d'un acte communautaire⁴ et combien il détermine la compétence de la Cour de justice des Communautés à son égard⁵.

Situation d'autant plus surprenante enfin que, longtemps relativement marginale, cette situation de coexistence/concurrence des actes intergouvernementaux et communautaires est devenue très fréquente avec la coexistence des "trois piliers", dont deux "intergouvernementaux", en vertu du traité d'Union européenne⁶. Entre les ambiguïtés de la pratique du "dédoublement fonctionnel" du Conseil - institution communautaire et cadre de la concertation interétatique - et les avantages du dynamisme politique favorisé par cette situation⁷, la balance penche toujours plus en faveur du deuxième élément.

Etant admis que le droit communautaire n'a pas pu faire l'économie d'une approche autonome de la définition de l'acte international, on se demandera comment et pourquoi la jurisprudence communautaire évite souvent d'aborder de front la question, puis, après un bilan des acquis, on

³ A. Pellet, "Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire", *RCADÉ* vol. V-2, pp. 193-217.

⁴ CJCE, aff. 38-69, Commission c. Italie, 18 fév. 1970, point 12 (*Rec.* 1970, pp.57-58) : effet des réserves ou déclarations émises au cours de l'élaboration de la mesure communautaire, position dans la hiérarchie des actes.

⁵ CJCE, aff. 22-70 précitée.

⁶ En 1995, ont été adoptés 10 actes dans la cadre de la PESC et 2 dans celui de la JAI ; en 1996, respectivement, 17 et 12.

⁷ Voir déjà concl. Dutheillet de Lamothe sous l'affaire 22-70 (*Rec.* précité pp. 288-289).

recherchera si cette jurisprudence privilégie certains critères dans la définition de l'acte international.

I - Une approche biaisée par les spécificités de l'ordre juridique communautaire

La question de la définition de la nature - internationale ou communautaire - de l'acte juridique en cause dans une procédure devant la CJCE se pose le plus souvent en termes de recevabilité, lorsque la Cour - et désormais le TPI - doit établir sa compétence à l'égard d'un contentieux concret. Dans son souci d'assurer une large ouverture des voies de recours, le juge communautaire va être tenté de déplacer le débat de la nature de l'acte vers celui de son "appartenance" à l'ordre juridique communautaire, établissant ainsi un amalgame entre des actes d'origines différentes.

En outre, gêné par l'absence de précision dans les dispositions du traité constitutif de la Communauté européenne, le juge communautaire sera incité à inscrire le débat dans une question de fond plus large, celle de "l'équilibre institutionnel"⁸ dont il est le gardien, et de rattacher ce débat à celui des procédures de décision propres à la Communauté européenne.

1.1 - Les biais juridictionnels

Au-delà des difficultés que ces "biais" introduisent dans l'interprétation des précédents, ne sont-ils pas de nature à infléchir la définition classique des actes internationaux ?

La compétence d'interprétation de la CJCE au titre de l'article 177 s'étend à une gamme très large d'actes, qui ne sont pas nécessairement des actes communautaires : tout au plus doivent-ils pouvoir être analysés comme des "actes des institutions communautaires", entendus de plus de façon très large puisque cette catégorie inclut les conventions conclues par les Communautés : "un accord ... conclu par le Conseil, conformément aux articles 228 et 238 du traité ... est, en ce qui concerne la Communauté, un acte pris par l'une des institutions de la Communauté, au sens de l'article 177 ..."⁹, et même celles qui lient la Communauté, serait-ce au titre de la succession de la Communauté aux engagements internationaux de ses Etats membres¹⁰. Les thèses restrictives, notamment celle de la France dans l'affaire *SIOT*, quant à la compétence d'interprétation des traités par la CJCE en dehors du contrôle de validité des actes communautaires, ont été rejetées implicitement mais indiscutablement¹¹.

⁸ Entre Etats membres et institutions communautaires, d'une part, entre organes communautaires, d'autre part.

⁹ CJCE, aff. 181-73, *Haegeman*, 30 avril 1974, points 3-4 (*Rec.* 1974, p. 459) ; aff. 130-73, *Vandeweghe*, 27 nov. 1973 (*Rec.* 1973 p.1329).

¹⁰ Pour le GATT, voir CJCE, aff. 266/81, S.I.O.T., 16 mars 1983 (*Rec.* 1983, p. 731).

¹¹ Concl. Reischl sous l'affaire citée note 10, *Rec.* 1983 pp. 787-789 ; aff.4 4/84, *Hurd*, 15

Il n'y a pas lieu de s'en étonner puisque la compétence d'interprétation des juridictions internes s'étend, de façon habituelle, à des actes relevant d'autres ordres juridiques que celui du juge concerné. La seule limite théorique à la compétence d'interprétation du juge communautaire porte sur les "dispositions de droit international qui lient les Etats membres en dehors du cadre du droit communautaire"¹². Pour reprendre la formulation de l'avocat général Darmon, sous l'affaire *Sevinco*, "la compétence de la Cour pour interpréter les dispositions d'un accord conclu par le Conseil se déduit immédiatement de ce que ces dernières font partie de l'ordre juridique communautaire"¹³. L'inconvénient de cette approche est qu'elle contribue à entretenir une certaine confusion entre les diverses catégories d'actes juridiques, le juge s'abstenant le plus souvent de qualifier l'acte qu'il interprète. La définition très large de la compétence d'interprétation au titre de l'article 177 rend donc difficilement exploitables certains précédents¹⁴.

La procédure non contentieuse de l'article 228 du traité CE est destinée, par construction, à autoriser l'interprétation de conventions internationales. Dès lors, la jurisprudence correspondante ne fournit guère d'indications sur la distinction entre acte communautaire et acte international et elle risque de "fausser" la définition de l'acte international par sa finalité préventive (empêcher l'adoption d'un acte qui serait incompatible avec les fondements de la Communauté), qui incite le juge à examiner de simples projets d'actes internationaux¹⁵.

Peut-on attendre des indications plus fiables de la jurisprudence en matière de responsabilité ou de contrôle de légalité, et même d'appréciation de validité, sur la base des articles 173 et 177 ? *A priori*, oui, puisque ces recours contentieux ne s'appliquent qu'aux actes du droit communautaire dérivé, énoncés à l'article 189 du traité CE¹⁶.

On va cependant se heurter à deux difficultés dans l'exploitation de cette jurisprudence. D'abord, une définition large de la recevabilité *ratione materiae* du recours en annulation : il "doit être ouvert à l'égard de toutes dispositions prises par les institutions, quelle qu'en soit la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit"¹⁷. D'autre part, la possibilité pour le juge de prendre en considération non pas l'acte directement mis en cause, mais les mesures d'adoption ou d'application dans l'ordre juridique communautaire¹⁸.

Peut-on, à l'inverse, considérer que tout acte non qualifié d'acte pris par une institution communautaire et non soumis, pour cette raison, à la compétence de contrôle de la CJCE est un acte international, par un simple raisonnement *a contrario* ou par élimination ? La Cour n'a pas eu l'occasion jusqu'ici, ou a évité, de prendre position sur ce point.

1.2 - Les biais résultant des modalités des procédures de décision communautaire

Une première difficulté tient à l'ambiguïté de la formulation de certaines dispositions du traité constitutif et à la nécessité d'interpréter l'intention des auteurs du Traité CEE. Par exemple, dans l'affaire *LAISA*, l'avocat général reconnaît¹⁹ que l'article 237 du Traité ne dit rien de la possibilité d'amender des actes de droit communautaire dérivé par un acte d'adhésion, acte juridique international ; d'où des difficultés pour analyser la nature des actes amendés, originellement de droit dérivé et destinés à le redevenir, dans le cas d'espèce ... Il aboutissait d'ailleurs à une conclusion, en matière de recevabilité et d'imputation des dispositions en cause, qui était contraire à celle du Conseil, de la Commission et finalement à celle de la Cour elle-même²⁰.

Une deuxième difficulté peut tenir à l'absence de base juridique dans le traité CEE²¹ ou, à l'inverse, à la diversité des titres de compétence

janv. 1986 (acte d'adhésion, *Rec.* 1986, p. 29) ; aff. C-192/89, *Sevinco*, 20 sept. 1990 (décisions du conseil d'association CEE-Turquie, *Rec.* 1990, p. I-3461 ; voir déjà, aff. 12/86, *Demirel*, 30-09-1987, *Rec.*, p. 3179 & aff. 30/88, Grèce c. Commission, 14-11-1989, *Rec.*, p. 3711) ; aff. C-188/91, *Deutsch Shell*, 21 janv. 1993 ("arrangement" d'une commission mixte, *Rec.* 1993, p. I-363).

¹² CJCE, aff. 130-73 précitée, point 1 (*Rec.*, p. 1333) ; mais, même dans cette hypothèse, la Cour peut estimer qu'en réalité elle est appelée à interpréter des dispositions communautaires : voir point 4 de cet arrêt (*Rec.*, p. 1334).

¹³ *Rec.* 1990, p. I-3475.

¹⁴ aff. *Deutsch Shell* précitée, 1991 : la Cour voit dans le "rattachement direct" des arrangements arrêtés par une commission mixte créée par une convention internationale l'indice de leur appartenance commune à l'ordre juridique communautaire ; mais est-ce en tant qu'acte international ou en tant qu'acte communautaire ?

¹⁵ En posant la question sous l'angle de son champ d'application - étroit : conventions seulement, ou large : convention et actes décisifs unilatéraux des o.i. de coopération ? - et à propos du stade d'élaboration d'un acte international suffisamment avancé pour que la compétence consultative de la CJCE puisse s'exercer (avis 1/5, 11 nov. 1975, "arrangement OCDE", *Rec.* 1975, p. 1355 ; avis 2/94, 28 mars 1996, "adhésion à la convention européenne des droits de l'homme", *Rec.* 1996, p. I-1759).

¹⁶ CJCE, affaires jointes 31/86 & 35/86, *LAISA*, 28 avril 1988 (ici ce seront les modalités de la modification de telle ou telle disposition qui fourniront le critère décisif, selon que la modification sera considérée comme un acte des institutions ou comme une révision d'un acte de droit primaire (voir *infra*) ; aff. C-313/89, *Commission c. Espagne*, 7 nov. 1991, point 10,

Rec. 1991, p. 5250 (pas de possibilité d'appréciation de la validité des dispositions d'un "acte d'adhésion") ; TPI, aff. T-584/93, *Roujansky c. Conseil*, 15 juil. 1994 (*Rec.* 1994 p. II-585).

¹⁷ CJCE, affaire 22-70, *AETR*, point 42 (*Rec.* 1971, p. 277) ; cette définition large s'est, semble-t-il, révélée gênante dans les affaires jointes C181/91 & C-248/91, *P. E. c. Conseil et Commission*, 30 juin 1993, *Rec.* 1993, p. I-3685 (d'où le manque de rigueur ou de précision de l'arrêt sur certains points) ainsi que dans l'affaire C-316/91, *P. E. c. Conseil*, 2 mars 1994, *Rec.* 1994, p. I-625.

¹⁸ CJCE, affaire 53/84, *Adams*, 7 nov. 1985, *Rec.* 1985, p. 3595 (en matière de responsabilité ; rejet implicite de l'acte de gouvernement "diplomatique" ?) ; affaire C-228/91, *Commission c. Italie*, *Rec.* 1993, p. I-2701 (en matière de manquement d'Etat ; amalgame entre la convention et le règlement du Conseil autorisant sa conclusion : la Cour s'appuie sur l'interprétation d'une convention internationale pour déceler une violation du droit communautaire mais fait porter le manquement sur l'acte communautaire de conclusion de cet accord ; voir les points 50 & 52, *Rec.*, p. I-2751-2752).

¹⁹ *Rec.*, pp. 2306-2307.

²⁰ *Ibid.*, pp. 2309-2310.

²¹ CJCE, aff. C-316/91, *P. E. c. Conseil*, précitée.

communautaire, par exemple la succession de la Communauté à ses Etats membres ou/et la compétence externe propre de la Communauté. Ce qui a pu conduire la Cour²² à une distinction entre "l'acte des institutions communautaires" s'agissant du GATT (succession), et l'acte "pris" par une institution communautaire s'agissant de protocoles tarifaires (compétence propre au titre de l'article 228 du traité), distinction qui n'a guère de signification en droit international mais qui peut présenter un certain intérêt dans le cadre de la procédure de l'article 177.

II - Les hypothèses concrètes de qualification des actes

A priori, la distinction entre actes internationaux selon que seuls les Etats membres y sont parties ou que des tiers y participent est fondamentale, puisque l'opposabilité du Traité CE aux parties aux actes internationaux n'est garantie que dans le premier cas de figure (actes successifs entre les mêmes parties). Il est cependant un aspect commun aux deux hypothèses, qui concerne la connexité entre l'acte conventionnel en cause et les actes communautaires qui s'y rapportent.

Il n'est pas inutile de faire un bilan descriptif, avant toute tentative d'analyse plus synthétique.

2.1 - Actes conventionnels entre Etats membres ou acte unilatéral des institutions communautaires ?

C'est la problématique la plus importante, dans la perspective de la construction communautaire : d'une part, la CJCE ne se reconnaît pas compétence à l'égard du droit primaire, essentiellement conventionnel ; d'autre part, c'est par la voie conventionnelle que les Etats membres sont les plus à même de remettre en cause "l'acquis communautaire" et l'équilibre institutionnel de la Communauté.

2.1.1 - Les traités constitutifs et les traités d'adhésion sont des accords internationaux et non des actes du Conseil : la conclusion est trop évidente pour justifier une longue justification²³. Ce sont des actes "conclus entre les seuls Etats membres"²⁴. De même les traités d'amendement (Acte unique européen de 1986, traité de Maastricht de 1992) ne constituent pas un acte

²² CJCE, aff. jointes 267-268-269/81, *SPI & SAMI*, 16 mars 1983, *Rec.* 1983, p. 801.

²³ CJCE, aff. 169-73, *Cie Continentale France*, 4 fév. 1975 (*Rec.* 1975 p. 117) ; ce qui conduit à écarter la responsabilité extracontractuelle de la Communauté lorsque de tels actes sont à l'origine du préjudice allégué (point 16, *Rec.* p. 134).

²⁴ CJCE, affaires 31 & 35/86, *LAISA c. Conseil*, précitée (recours en responsabilité et en annulation) : bien que constituant une adaptation "d'actes pris par les institutions", une annexe à un acte d'adhésion relève du droit primaire, n'est donc pas assimilable à un acte du Conseil et ne peut faire l'objet d'un recours en annulation dans le cadre de l'article 173 du traité CEE ; dans le même sens, aff. C-313/89, *Commission c. Espagne*, 1991, précitée (*Rec.*, point 10, p. 5250).

d'une institution de la Communauté au sens des articles 4 et 173 du Traité CEE.

L'annexe à un acte d'adhésion reste un élément du "droit primaire", et donc un acte conventionnel international, et non un acte des institutions communautaires, même lorsqu'il a pour objet de modifier des actes pris par les institutions et bien que, en l'espèce, les amendements ultérieurs suivent, par dérogation à la procédure générale de révision du droit primaire, les règles prévues pour la modification des actes de droit communautaire dérivé²⁵.

Mais, implicitement, il n'en va pas de même d'une résolution du Conseil préparant la mise en oeuvre de la PAC dans les rapports avec les futurs Etats membres²⁶. Enfin, il faut relever que, malgré leur connexité étroite, la Cour opère une distinction entre l'acte d'adhésion - qui relève du droit primaire, qui est une convention internationale n'engageant que la responsabilité des Etats membres et à l'égard duquel la Cour est incompétente - et l'approbation de cet acte par le Conseil des ministres, considérée comme un acte communautaire²⁷.

2.1.2 - Quid des actes du Conseil européen ?

Le TPI s'est, en vertu d'une interprétation stricte de l'article 173 du Traité CEE et de l'article 31 de l'AUE, estimé incompétent à leur égard mais sans leur attribuer une qualification précise²⁸. Cette position a été confirmée par la Cour²⁹. S'agit-il d'actes conventionnels internationaux, d'actes concertés non conventionnels ou de simples prises de position politique³⁰ ?

La même incertitude relative règne en ce qui concerne les actes du Conseil des ministres au titre des 2ème et 3ème piliers ? N'est-on pas en droit de faire le même raisonnement que pour les actes du Conseil européen, notamment en raison de l'absence de contrôle juridictionnel de ces "actes"³¹ ? Si l'on n'hésitera guère à opiner pour ce qui des "actions communes" et des "positions communes", on ne peut qu'être dérouté face à des décisions du Conseil qui prorogent ou abrogent de telles actions communes : ces "décisions" - terminologie qui est volontairement retenue par le Conseil, et qui n'est pas neutre dans le cadre des Communautés - ne portent-elles pas plus sur les mesures de mise en oeuvre communautaires - dont elles partageraient la nature juridique - que sur l'acte concerté initial ?

²⁵ Affaires *LAISA* précitées, point 12, *Rec.* p. 2317.

²⁶ CJCE, aff. 169-73, *Cie continentale France* précitée, point 18 (*Rec.* p. 135) ; alors même que la Cour estime que l'interprétation de cette résolution doit tenir compte de certaines dispositions de l'acte d'adhésion.

²⁷ Aff. 31 & 35/86, *LAISA*, précitées.

²⁸ TPI, *O. Roujansky c. Conseil*, 1994, précitée, points 12 à 14, *Rec.*, pp. II-591-592.

²⁹ CJCE, aff. C-253/94 P, *O. Roujansky c. Conseil*, arrêt du 13 janv. 1995 (*Rec.* 1995, p. I-7), & C-264/94 P, *J. Bonnamy*, ordonnance du 13-1-1995 (*Rec.*, pp. I-15).

³⁰ Le Conseil constitutionnel français n'a voulu voir dans la résolution du Conseil du 5 déc. 1978, annonçant la mise en place du SME qu'une déclaration de caractère politique et non un engagement international : DC 78-99, du 29 déc. 1978 (*Rec.C.C.* 1978, p. 36).

³¹ Argument de l'article L du TUE.

2.1.3 - Hypothèse de l'acte "modifiant" un traité constitutif adopté sur la base de l'article 235

Dans l'affaire *Commission c. Italie*, 1970, selon la thèse italienne, "la décision d'accélération aurait, en dépit de sa forme, la nature d'un accord international ayant même valeur que le traité lui-même"³² ; mais, selon la Cour, "le pouvoir de prendre les dispositions envisagées par (l'article 235) (étant) conféré, non à la collectivité des Etats membres, mais au Conseil, en tant qu'institution de la Communauté", "on ne saurait qualifier "d'accord international" un acte qui est caractérisé comme décision communautaire tant par son objet que par le cadre institutionnel à l'intérieur duquel il a été élaboré"³³.

2.1.4 - Un problème s'est posé très tôt pour certains actes adoptés au sein du Conseil : Ce dernier agissait-il en tant qu'organe de la Communauté ou en tant que conférence intergouvernementale (auquel cas on a recours à l'expression générique d'"actes des représentants des gouvernements réunis au sein du Conseil") ?

La CJCE ne s'estime pas liée par la qualification retenue par les Etats et utilise ses propres critères pour déceler un éventuel acte du Conseil, soumis à son contrôle : "la portée juridique de cette délibération est différente suivant que celle-ci doit être considérée comme constituant l'exercice d'une compétence attribuée à la Communauté ou l'expression d'une coordination, par les Etats membres, de l'exercice de leurs compétences retenues"³⁴ ; "la délibération n'a pu être simplement l'expression ou la constatation d'une coordination volontaire, mais a eu pour objet de fixer une ligne de conduite obligatoire pour les institutions comme pour les Etats membres"³⁵. La Cour en déduira, en l'espèce, qu'il s'agit d'un acte communautaire.

Quid des actes du Conseil des ministres au titre de la coopération entre la Communauté et ses Etats membres au sein des autres organisations internationales ou dans la mise en oeuvre des conventions "mixtes" ? Il semble que l'on puisse raisonner à leur égard comme dans l'affaire 22-70. Ainsi, dans l'affaire C-25/94, *Commission c. Conseil*, "OAA", 19 mars 1996³⁶, la décision adoptée par le Conseil, quant à l'attribution du droit de vote³⁷ dans l'application d'un accord mixte, est implicitement traitée comme un acte communautaire, susceptible d'un recours en annulation au titre de l'article 173 du Traité CEE et auquel s'appliquent les conditions de légalité fixées par un arrangement interinstitutionnel communautaire³⁸.

³² Thèse rappelée au point 9 de l'arrêt (*Rec.* p. 57).

³³ *Idem*, point 11, *Rec.* p. 57.

³⁴ CJCE, aff. 22/70, *AETR*, 1971 précitée, point 4 (*Rec.* p. 273)

³⁵ *Ibid.*, p. 278 & p. 279, points 53 & 55 ; en contraste frappant avec une jurisprudence en général peu favorable à une interprétation extensive de cette catégorie d'actes, voir les aff. jointes C-181 & C-248/91, *P. E. c. Conseil & Commission*, 1993, précitées.

³⁶ *Rec.* 1996, p. I-1469.

³⁷ Pouvoir disputé entre la Communauté et les Etats membres dans le cadre de la politique commune des pêches.

³⁸ *Ibid.*, point 37 (*Rec.*, pp. I-1507-1508).

2.1.5 - Qu'en est-il des actes d'exécution par la Commission d'un "acte des représentants des gouvernements", lui-même analysé comme un acte international ?

Dans les affaires jointes précitées C-181/91 et C-248/91, l'avocat général ne semble pas enclin à considérer que les mesures d'application prises par la Commission en vue d'une aide au Bangladesh décidée par un acte au sein du Conseil sont des actes internationaux ; mais il ne prend pas position de façon claire, dans la mesure où il se limite à apprécier leur validité au regard des obligations de la Commission dans le cadre communautaire. Par contre, dans l'affaire C-316/91, *P. E. c. Conseil*, il admet explicitement que l'accord interne pour l'application de la convention CEE-ACP 91/401 est un acte des représentants des gouvernements³⁹ et il en déduit que le règlement financier 91/491, malgré son titre, n'est pas un règlement au sens de l'article 189 du traité CEE tout en ne pouvant être qu'un acte de la Communauté - et non des Etats membres - ce qui en fait, selon lui, un acte hybride, *sui generis*. La Cour semble implicitement considérer qu'il ne s'agit pas d'un acte ayant un lien suffisamment étroit avec l'ordre juridique communautaire pour être soumis à son contrôle⁴⁰.

2.2 - Actes internationaux avec des tiers et actes connexes des institutions communautaires: quel est le degré de connexité juridique qui doit exister avec l'acte international pour que l'acte apparemment "interne" reste un acte international ?

L'acte de conclusion d'un accord international par la Communauté est tenu pour un acte communautaire, en privilégiant un critère organique tout à fait "classique" mais qui semble surtout justifié ici par la fin recherchée : permettre la reconnaissance juridictionnelle d'un manquement au droit communautaire, en l'absence de compétence de la Cour dans un recours qui serait dirigé contre une violation de la convention elle-même⁴¹.

Il en va de même d'un règlement d'exécution d'une résolution sur la mise en oeuvre d'un embargo des Nations Unies⁴².

Plus ambiguë est la nature d'un acte jugé faire "partie du droit communautaire" bien que d'origine internationale, en raison même de son rattachement direct à une convention internationale conclue au titre de l'article 228⁴³. Cette formulation n'autorise pas en déduire automatiquement qu'il s'agit d'un acte communautaire.

³⁹ *Rec.* 1994, p. I-650, point 87.

⁴⁰ *Rec.* 1994, p. I-664, points 40-41.

⁴¹ CJCE, aff. C-228/91, *Commission c. Italie*, 1993, précitée. Mais ne s'agit-il pas d'une fiction juridique, dès lors que la preuve de la violation est recherchée dans les dispositions de cette convention ?

⁴² CJCE, aff. C-299/94, *Anglo Irish Beef Processors*, 28 mars 1996 (*Rec.* 1996, p. I-1925).

⁴³ CJCE, aff. C-188/91, *Deutsch Shell*, 1993, précitée, "arrangement" de la commission mixte CEE-AELE, en application de la convention d'Interlaken de 1987.

III - La Cour utilise-t-elle une méthodologie univoque ?

La jurisprudence s'attache-t-elle essentiellement à un critère matériel (le contenu de l'acte, la compétence de l'auteur de l'acte) ou à un critère formel (la dénomination de l'acte, la qualité de l'auteur de l'acte) ?

Dans tous les cas, il s'impose d'établir en premier lieu qu'il s'agit d'un acte juridique et non d'une prise de position politique (sur la base par exemple des articles 6 & 145 du traité CEE)⁴⁴. Est un accord, au sens de l'article 228, "tout engagement pris par des sujets de droit international et ayant une force obligatoire, quelle qu'en soit la qualification formelle"⁴⁵.

Ce qui n'interdit cependant pas que, dans le cadre de certaines procédures, notamment celle de l'article 228, la compétence juridictionnelle puisse être établie à l'égard d'un acte qui n'est pas encore un acte international "authentique"⁴⁶.

3.1 - Il semble exclu de s'en tenir à un critère matériel de l'acte international en tirant argument de la nature des mesures adoptées. Ainsi les décisions d'accélération du désarmement tarifaire de 1960 et 1962 sont des actes des représentants des Etats, tandis que celle de 1966 est une décision communautaire⁴⁷ ; dans les affaires C-181 & 248/91, *P. E. c. Conseil et Commission*, 1993, il est admis que dans un domaine où la Communauté n'a pas compétence exclusive, les Etats membres peuvent choisir d'organiser leur actions concertées soit dans le cadre du droit international, soit dans celui du droit communautaire⁴⁸. La question, dans cette hypothèse, se déplace sur un autre terrain, celui de l'illégalité éventuelle d'une intervention étatique ou interétatique dans un domaine couvert par la compétence exclusive de la Communauté.

L'arrêt rendu dans les affaires 31 & 35/86, *LAISA*⁴⁹ semble à première vue confirmer le caractère non-pertinent du critère de l'objet de l'acte pour établir sa nature communautaire ou internationale⁵⁰ ? On observera cependant

⁴⁴ CJCE, aff. 22-70, précitée, point 55 (*Rec.* p. 279).

⁴⁵ CJCE, avis 1-75, précité (*Rec.* 1975, p. 1360); avis 1/76, *FEINI*, 26 avr. 1977, point 18 (*Rec.* 1977, p. 760).

⁴⁶ CJCE, avis 1-76, précité : accord "projeté", encore au stade du paraphe; et avis 2/94, "adhésion à la CEDH", 1996, précité.

⁴⁷ C'est la procédure choisie pour les adopter qui fait la différence (voir les conclusions Gand sous 38-69, *Rec.* p. 64).

⁴⁸ Concl. Jacobs, *Rec.* 1993, p. I-3707.

Le 22 nov. 1996, ont été simultanément adoptés le règlement 2271/96 et une "action commune" fondée sur les articles J & K du TUE, avec le même objet : "la protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers", en l'espèce les Etats-Unis (JOCE, n° L 309, 29-11-1996, pp. 1 et s.).

⁴⁹ *Rec.* 1988, p. 2317, point 12.

⁵⁰ Avec ces résultats "paradoxaux" que certaines modifications seront analysées comme des "actes des institutions" et soumises à ce titre au contrôle de légalité, d'autres seront considérées comme des révisions du droit "primaire", insusceptibles en tant que telles de contrôle

que la CJCE privilégie ici l'idée que "les résultats des négociations d'adhésion ... constituent un ensemble"⁵¹, ce qui semble correspondre à un critère matériel tout autant que formel.

3.2 - Un critère formel, organique ? On ne peut pas s'appuyer sur le seul critère de l'auteur de l'acte. En effet, il est admis que tant les Etats membres au sein du Conseil que la Commission peuvent agir au titre de la coopération intergouvernementale, et non communautaire, sur mandat des Etats membres⁵².

Les réponses juridictionnelles actuelles semblent remettre en cause l'approche qui avait été initialement adoptée, s'agissant de l'acte "modifiant" le Traité adopté sur la base de l'article 235 à propos duquel la Cour s'exprimait ainsi : "on ne saurait qualifier "d'accord international" un acte qui est caractérisé comme décision communautaire tant par son objet que par le cadre institutionnel à l'intérieur duquel il a été élaboré"⁵³; le critère formel se voyait donc reconnaître une certaine portée, à côté du critère matériel.

Malgré l'évolution que l'on a cru discerner dans la jurisprudence récente, le critère organique ne peut pourtant être écarté en toute hypothèse : ainsi dans les affaires jointes *LAISA*, 1988, il y est fait recours pour distinguer l'acte d'adhésion lui-même de l'acte du Conseil qui l'approuve⁵⁴ et dans l'affaire *Commission c. Italie*, 1993, en vue de distinguer la convention internationale de l'acte d'approbation par la Communauté.

3.3 - Il semble donc que ce soit le critère matériel de la compétence propre de la Communauté et des Etats membres qui soit aujourd'hui décisif, même si la Cour continue de faire référence au contenu et aux "circonstances de l'adoption de l'acte": dès lors qu'il est établi que les Etats pouvaient exercer une compétence concurrente de celle de la Communauté en matière d'aide au développement ou pour la mise en oeuvre de l'accord CEE-ACP, les arguments formels et procéduraux en faveur de la nature d'acte communautaire sont écartés par la Cour, de façon très allusive d'ailleurs ...⁵⁵ Ce choix de la

contentieux communautaire, et qu'une même réglementation économique va se traduire à un moment dans un acte communautaire, à un autre dans un acte international, puis de nouveau dans un acte communautaire.

⁵¹ *Idem*, p. 2318, point 15.

⁵² CJCE, aff. précitées C-181 & 248/91, *P. E. c. Conseil et Commission*, 1993, concl. Jacobs ; l'arrêt, point 16 (*Rec.* p. 3718) n'est explicite qu'en ce qui concerne l'acte des Etats membres ; concl. Jacobs sous l'aff. C-316/91, *P. E. c. Conseil*, 1994, *Rec.* 1994, p. I-649, qui cite également l'exemple de la coopération politique européenne selon l'AUE et signale les dangers de cette pratique s'il s'agit non de l'exécution d'une politique mais d'une activité normative qui risque d'empiéter sur la compétence du Conseil en tant qu'organe communautaire.

⁵³ CJCE, aff. 38/69 précitée, *Commission c. Italie*, 1970, point 11 (*Rec.* 1970, p. 57).

⁵⁴ Voir *supra*.

⁵⁵ Voir les critères formels et procéduraux jugés non décisifs par la Cour dans les aff. jointes C-181/91 & C-248/91, *P. E. c. Conseil et Commission*, Bangladesh et dans l'affaire C-316/91, *P. E. c. Conseil*, précitées.

Cour semble guidé par le souci d'admettre qu'un acte conclu par les représentants des Etats au sein du Conseil, si l'affaire se situe dans le cadre d'une politique non exclusive de la Communauté, peut être - à la discrétion des Etats membres - un acte intergouvernemental et non un acte communautaire, malgré les nombreux indices d'un fort rattachement aux institutions communautaires au stade de sa mise en oeuvre. Le critère de "l'intention affichée" des Etats, marque du consensualisme interétatique, ferait-il un retour en force ?

Conclusion

L'approche communautaire du concept d'acte international est encore peu stabilisée, et sa mise en oeuvre est parfois occultée par la "manipulation" du lien de connexité entre acte international et acte communautaire. Elle reste, à ce stade de l'évolution jurisprudentielle, très dépendante des caractéristiques particulières des voies de recours en droit communautaire et, sans l'avouer, trop "finalisée" : qu'il s'agisse de maintenir aussi ouvert que possible le contrôle des tentatives de déstabilisation de l'"équilibre institutionnel" ; ou qu'il s'agisse de laisser aux Etats membres une marge de discrétion importante lorsqu'ils définissent leur politique extérieure dans des domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive des Communautés européennes; *a fortiori*, lorsqu'ils s'expriment en "fondateurs" de l'Union européenne, que ce soit à l'occasion d'un élargissement ou que ce soit lors des amendements apportés aux traités constitutifs.