

## CHRONIQUE

---

### LES INTERACTIONS DU DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN

Par Jean-Sylvestre Bergé et Mathias Forteau

#### Présentation

Pour cette deuxième livraison de la chronique sur les interactions du droit international et européen, deux contributions sont proposées au lecteur du *Journal du droit international*.

La première de Mathias Forteau qui s'interroge sur la capacité de l'Union européenne à influencer le développement du droit international général compte tenu en particulier de l'insistance mise par l'Union européenne sur la nature particulière de son ordre et de ses techniques juridiques.

La seconde de Jean-Sylvestre Bergé qui s'interroge sur la place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen au départ de quatre cas (CJCE, 22 octobre 2009, aff. C-301/08, *Bogiatzi* ; CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottmann* ; Cass., QPC, 16 avril 2010, n° 10-40002 ; Conseil UE, décision n° 2009/941/CE)

#### Sommaire

LA CONTRIBUTION DE L'UNION EUROPEENNE AU DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL. LES LIMITES DU PARTICULARISME ? par Mathias Forteau

LA PLACE RESPECTIVE DE LA COMBINAISON ET DE LA HIERARCHISATION DU DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN : REFLEXION AU DEPART DE QUATRE CAS par Jean-Sylvestre Bergé

---

#### La contribution de l'Union européenne au développement du droit international général. Les limites du particularisme ?

---

**Mathias Forteau**

*Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (CEDIN)*

1 – Presque cinquante ans après les retentissants arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c. ENEL*, auxquels l'arrêt *Kadi* est venu apporter il y a quelques années une nouvelle impulsion (CJCE, affaires 26/62, 5 février 1963 ; 6/64, 15 juillet 1964 ; et 402/05 P, 3 septembre 2008), il est frappant de constater à quel point l'irréductible singularité du droit de l'intégration européenne a été appréhendée le plus souvent de manière uniquement asymétrique. On ne compte plus les études – et les empoignades

confraternelles qui les ont accompagnées – consacrées au particularisme du droit européen par opposition au droit international « classique ». Le fait est cependant que ces études, pour diverses et nombreuses qu'elles ont été, se sont généralement bornées pour la très grande majorité d'entre elles à une vision autocentrée du régionalisme européen. En synthétisant de beaucoup une très riche littérature, on constate en effet que les débats se sont limités essentiellement à ce jour à déterminer si les Communautés, puis l'Union, européennes épousaient la forme des organisations internationales « ordinaires », si les techniques juridiques internationales avaient droit de cité en droit européen et dans quelle mesure elles devaient y être acclimatées, enfin, à quelles conditions juridiques et selon quelles modalités pratiques le droit international pouvait ou devait s'appliquer à l'intérieur de l'ordre juridique européen (v. à cet égard la première livraison de cette chronique, *J.-S. Bergé, JDI 2009/3, pp. 905-906, n° 3*).

2 – La question de l'impact que la construction européenne a pu exercer sur le droit international est restée quant à elle très largement ignorée (à de très rares exceptions près : v. *Y. Daudet, Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ? Mélanges Boulouis, 1991, pp. 97-112*). Le constat reste vrai malgré la publication ces toutes dernières années d'imposants ouvrages dédiés au droit des relations extérieures de l'Union européenne. En dépit d'intitulés prometteurs, ceux-ci, à leur tour, ne contemplent principalement l'interaction entre le droit international et le droit européen que depuis – au sens géographique du terme – l'ordre juridique européen (v. *J. Wouters, A. Nollkaemper, E. de Wet (eds.), The Europeanisation of International Law : The Status of International Law in the European Union and its Member States : TMC Asser Press, 2008*. – *M. Cremona et B. de Witte (eds.), European Union Foreign Relations Law : Constitutional Fundamentals : Hart, 2008*. – *A. Dashwood et M. Maresceau, Law and Practice of European Union External Relations : Cambridge U.P., 2008*. – *B. de Witte, International Law as a Tool for the European Union : European Constitutional Law Review, 2009, pp. 265-283* ; v. également *V. Lowe, Can the EC Bind the Member States on Questions of Customary International Law ?*, in *M. Koskenniemi (ed.), International Law Aspects of the European Union : Kluwer, 1998, pp. 149 et s.* – *SFDI, Droit international et diversité des cultures juridiques : Pedone, Paris, 2008, 3<sup>ème</sup> partie, « l'approche européenne du droit international », pp. 221-353*. – *S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : Bruylant, 2008*).

3 – Ce faisant, la doctrine s'est montrée en grande partie aveugle au fait que tout régionalisme est porteur non pas seulement d'une dynamique, mais de deux, antinomiques et complémentaires. Si le régionalisme juridique traduit d'abord et avant tout une volonté de se soustraire à l'application du droit commun – ce qui se traduit par une distance prise à l'égard de ce dernier pouvant conduire à sa franche contestation ou tout du moins à en freiner l'évolution, il peut aussi déboucher sur son renforcement – le droit régional pouvant s'avérer un très utile « laboratoire d'idées et de pratiques » susceptible de permettre « grâce à cette anticipation expérimentale, (...) de nouveaux progrès au niveau mondial » (*P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, Droit international public (Nguyen Quoc Dinh) : LGDJ-Lextenso, Paris, 2009, pp. 86-89, n° 37* ; v. par exemple *M. Delmas-Marty, L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation : Dalloz 2000, chron., p. 421*). L'étude des diverses facettes du « particularisme européen » dans sa relation au droit international suppose par conséquent d'en envisager non seulement l'avant mais aussi le revers. A la perspective descendante (du droit international vers le droit européen) qui a été jusque-ici privilégiée, il est indispensable d'ajouter une perspective ascendante en s'attachant à mesurer le degré d'influence exercé par le droit de l'Union européenne sur le développement du droit international général.

4 – L'urgence des recherches à mener dans cette direction encore trop inexploree n'a d'égale toutefois que le nombre d'obstacles que l'on rencontre sur le chemin de l'étude de ces interactions « ascendantes » entre le droit de l'Union européenne et le droit international général. Ces obstacles affectent autant, sur le plan de la méthode, la capacité de l'observateur à discerner nettement la part contributive réelle de l'Union européenne au développement du droit international général (I) que,

sur le fond, la capacité de l'Union européenne à influencer effectivement sur l'évolution des règles générales du droit international (II). C'est ce que, dans la perspective d'encourager des recherches plus approfondies sur ce thème, nous aimerions montrer à très grands traits ici en espérant que le lecteur pardonnera le caractère peut-être trop cursif ou sommaire des remarques qui vont suivre, qu'imposait le genre de l'exercice.

I. – LES LIMITES AFFECTANT LA CAPACITE DE L'OBSERVATEUR  
A DISCERNER LE DEGRE DE CONTRIBUTION REEL DE L'UNION EUROPEENNE  
AU DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL

5 – L'observateur extérieur qui tente de discerner ce qui, dans la pratique de l'Union européenne, est susceptible d'influencer le développement du droit international général est confronté à un certain nombre de difficultés méthodologiques qui se révèlent de nature variée.

6 – La première d'entre elles est d'ordre culturel. Tout observateur, si extérieur soit-il, n'en observe pas moins la réalité au prisme de sa culture et aura par conséquent une tendance naturelle à ne reconnaître dans une règle internationale que le reflet de sa propre pratique régionale ou nationale et de lui en attribuer par voie de conséquence la paternité exclusive par un effet de déformation du regard. Les juristes européens n'ont pas échappé au travers en ne se débarrassant jamais vraiment de l'antienne selon laquelle les concepts fondamentaux du droit international auraient été d'inspiration européenne ou en voyant uniquement aujourd'hui dans le droit des Nations Unies – que l'on présente volontiers comme le socle de la « constitution » de l'ordre juridique international – le reflet de leur propre culture juridique et politique (v., critiquant cette tendance, *M. Koskenniemi, International in Europe : EJIL, 2005/1, p. 122*). Une saine méthode exige de se prémunir d'une telle déformation du regard (ce qui suppose, au sens propre, d'internationaliser son point de vue), qui ne correspond aucunement à la réalité des choses, les études contemporaines ayant montré le caractère parfaitement multiculturel des origines du droit international en général et des principes fondamentaux des Nations Unies en particulier (v. à cet égard *M. Forteau, L'idée d'une culture internationale du droit international et les Nations Unies, in SFDI, Droit international et diversité des cultures juridiques : Pedone, Paris, 2008, pp. 367-371 ; Regional International Law, in R. Wolfrüm (dir.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)*).

7 – La seconde difficulté tient à la nature de l'objet étudié. Il faut bien comprendre que ce que l'on range habituellement dans la catégorie des éléments qui singularisent le droit de l'intégration européenne n'est pas nécessairement propre au continent européen. C'est d'abord en tant qu'organisation internationale que l'Union européenne secrète un droit qui lui est propre. Or elle partage cette caractéristique avec l'ensemble des organisations internationales, même les plus classiques (sur le fait que chaque organisation internationale secrète son propre droit « interne », v. en particulier l'article 27, paragraphe 2, de la convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités conclus par les organisations internationales ou l'article 31 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des organisations internationales, tel qu'adopté en première lecture en août 2009, *A/64/10, pars. 50-51*). Ce trait commun à toutes les organisations internationales explique les difficultés qui peuvent parfois survenir lorsqu'il s'agit de dégager un « droit commun » à celles-ci (v. *P. Klein et P. Sands, Bowett's Law of International Institutions : Sweet & Maxwell, Londres, 2001, par. 1.030*). Quoi qu'il en soit, cela implique de faire toujours la part des choses dans l'analyse du particularisme européen en distinguant nettement le particularisme partagé par plusieurs organisations internationales, qui reste conforme au droit international, qui le tolère et qui y renvoie, du particularisme qui, en revanche, échappe entièrement à la logique intrinsèque du droit international et qui est propre à la pratique européenne. L'un et l'autre ne devraient pas avoir le même impact sur l'évolution du droit international : le premier devrait y contribuer plus

facilement, au risque de sa propre banalisation ; le second devrait garantir plus efficacement l'autonomie de l'ordre juridique de l'organisation, au risque de l'isolement.

8 – La troisième difficulté d'ordre méthodologique est de nature temporelle. Ce qui peut être vrai à un moment donné de la construction européenne est susceptible d'évolutions, parfois significatives. Contrairement à ce que le discours communautariste laisse parfois entendre, il n'existe pas « un » particularisme européen qui serait donné une fois pour toutes, mais plusieurs manifestations de celui-ci qui, selon les époques, peuvent plus ou moins l'éloigner ou le rapprocher du droit international. Cette variation dans le temps oblige à une analyse dynamique, en perpétuel renouvellement. Il n'est qu'à lire le Traité de Lisbonne pour s'en convaincre, qui traduit une incontestable renationalisation des méthodes de l'intégration européenne, et par là même, nécessairement, une inévitable « ré-internationalisation » de celles-ci – dont le juge européen ne semble toutefois pas prêt à tirer toutes les conséquences (v. dernièrement *CJUE* (grande chambre), arrêt du 20 avril 2010, affaire C-246/07, *Commission européenne c. Royaume de Suède*). Le constat de cette renationalisation / réinternationalisation du droit de l'intégration européenne vaut tant sur un plan général (v. A. Rigaux, *Derrière les rideaux de fumée du Traité de Lisbonne : le retour des Etats ?*, *Mélanges J. Charpentier : Pedone, Paris, 2008*, pp. 447-465) que sur le terrain particulier qui nous intéresse ici de l'action extérieure de l'Union européenne, qui s'en trouvera bridée (v. P.J. Kuijper, *Superpower Frustrated ? The Cost of Non-Lisbon in EU External Affairs: GYBIL 2008*, pp. 9-37). Il frappe tout aussi nettement les règles du droit des organisations internationales que l'Union européenne avait fait siennes moyennant leur adaptation au cadre particulier dans lequel celles-ci devaient intervenir. Ces dernières ont subi par l'entremise du Traité de Lisbonne certaines reformulations qui les rapprochent insensiblement aujourd'hui, et peut-être à contre-courant, des règles classiques applicables aux organisations internationales de simple coopération (v. en particulier les reformulations des articles 5 TFUE (ex-article 5 TCE) et 352 TFUE (ex-308 TCE)). Tout cela ne peut, bien entendu, rester neutre au moment d'analyser l'impact que peut exercer le droit de l'Union européenne sur l'évolution (dans un sens plus ou moins intégrateur) du droit de la société internationale.

9 – Le quatrième obstacle est plus classique, mais il n'en pose pas moins de réelles difficultés pratiques. L'identification de l'influence réelle du droit ou de la pratique de l'Union européenne sur le droit international général est rendue plus aléatoire par le fait que la formation des règles coutumières internationales relève d'un processus spontané dont il est par conséquent difficile de déceler les manifestations. La difficulté est redoublée lorsqu'est en cause la pratique d'une organisation et non celle d'un Etat. A notre connaissance en tout cas, le juge international, qui reste l'organe privilégié de révélation des normes coutumières internationales, s'est montré extrêmement réservé à l'idée de s'appuyer sur la pratique de l'Union européenne pour fonder l'existence éventuelle d'une nouvelle norme coutumière internationale. Non pas que la pratique pertinente fasse défaut, au contraire (v. *infra*, II), mais parce que la structure du droit international reste encore réfractaire, semble-t-il, à l'octroi aux organisations internationales, à plus forte raison régionales, d'un statut identique à celui des Etats dans le processus de formation des règles du droit international général. Sans doute le fait que le prétoire de certaines juridictions internationales (celui de la Cour internationale de Justice en particulier) reste fermé aux organisations internationales peut-il expliquer en partie cette réticence. Le fait est que la coutume internationale reste généralement conçue encore aujourd'hui comme l'apanage quasi exclusif des Etats, les organisations internationales n'étant perçues au mieux (et dans tous les cas dans le respect et donc dans la limite du principe de spécialité : v. *CIJ*, *avis consultatif du 8 juillet 1996 sur l'utilisation d'armes nucléaires (avis OMS)*, *CIJ Recueil 1996*, par. 27 *in fine*) que comme le cadre institutionnalisé d'une pratique restant conçue comme d'origine exclusivement étatique (v. L. Boisson de Chazournes, *Qu'est-ce que la pratique en droit international ?*, in *SFDI, La pratique et le droit international : Pedone, Paris, 2004*, pp. 37-40, selon qui la pratique de l'organisation n'est que le « canal dérivé » de la pratique des Etats), les organisations régionales étant quant à elles reléguées au surplus aux marges du droit

universel. Participe de la même réticence l'extrême réserve avec laquelle les Etats ont accueilli lors de la codification du droit de la responsabilité des Etats l'idée que quelque organisation internationale puisse, à l'instar des Etats, se voir reconnaître un intérêt à agir en cas d'atteinte aux intérêts de la « communauté internationale dans son ensemble » que de nombreux Etats, à commencer par la France et le Royaume-Uni, considèrent toujours comme une communauté de nature exclusivement interétatique (v. *J. Crawford, 4<sup>ème</sup> rapport sur la responsabilité des Etats, A/CN.4/517, 2 avril 2001, par. 36, note 45*). Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant que le juge international ne se soit pas montré plus ouvert à la pratique des organisations régionales.

10 – C'est ainsi que la pratique de l'Union européenne n'a généralement pas été visée par exemple, en tout cas expressément, dans les jurisprudences internationales relatives au droit général des organisations internationales (v. par exemple *CIJ, avis du 20 décembre 1980, Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, CIJ Recueil 1980, pars. 45-46*). De même et pour prendre un exemple significatif, aucun renvoi explicite n'a été opéré au droit européen dans les arrêts et avis successivement rendus par la Cour internationale de Justice dans le domaine du droit de l'environnement dans l'évolution duquel l'Union européenne a pourtant joué un rôle moteur (*avis du 8 juillet 1996, Armes nucléaires, CIJ Recueil 1996, pp. 241-242, par. 29 ; arrêt du 25 septembre 1997, Gabcikovo-Nagymaros, CIJ Recueil 1997, p. 41, par. 53 ; arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org), par. 193 et par. 204* – si la Cour dans ce dernier arrêt renvoie au « document de référence » de la Commission européenne sur les meilleures techniques disponibles en matière de prévention et de réduction intégrées de la pollution dans l'industrie de la pâte à papier, c'est uniquement parce que les parties l'avaient elles-mêmes qualifié de texte de référence pour ce secteur – *ibid.*, par. 224). Cela ne veut pas dire, bien entendu, que la pratique de l'Union européenne, bien que non visée expressément dans la motivation des jugements internationaux, ne jouerait pas un rôle important dans la formation de l'intime conviction des juges. Il se trouve seulement qu'un rôle implicite est, de par sa nature même, plus difficile à identifier (l'étude approfondie, dans certaines affaires emblématiques, des renvois opérés par les plaideurs à la pratique de l'Union européenne pourrait sur ce point apporter sans doute beaucoup à la compréhension des interactions entre celle-ci et la jurisprudence internationale, sans permettre cependant d'apporter de réponses définitives sur le degré réel de sa prise en compte).

11 – Il faut avoir conscience enfin, toujours sur le plan méthodologique, de la dualité profonde de nature du droit européen selon qu'il se développe à l'intérieur de l'organisation ou se projette à l'extérieur de celle-ci. Cette projection implique un changement de registre profondément déstabilisant pour l'observateur qui ne peut rester sans incidence. L'étude de la contribution d'une organisation internationale, quelle qu'elle soit, au développement du droit international général suppose en effet de mettre en regard deux modes d'être du droit pourtant différents dont l'opposition structure en grande partie la marche contemporaine du droit international (v. déjà *R.-J. Dupuy, Le droit international : PUF, Paris, 1963*) : d'un côté, le droit international général se meut dans une sphère relationnelle, entre entités égales, ce qui entraîne pour lui de nombreuses affinités avec les techniques juridiques du droit privé ; d'un autre côté, apparaissent des ordres juridiques structurés, donnant vie à un cadre institutionnel, dont les instruments se rapprochent quant à eux des techniques de sujétion du droit public. Ces deux logiques sont si différentes qu'à partir du moment où la pratique d'une organisation internationale, cadre institutionnel des relations entre ses membres, est envisagée du point de vue de ses relations extérieures et donc cette fois-ci dans la sphère relationnelle, les repères tendent à se brouiller et la doctrine hésite alors à entrer dans l'arène. Il est vrai que les enjeux peuvent paraître alors démesurés puisque « l'irruption de l'institutionnel dans le relationnel oblige (...) à repenser, et le relationnel, et l'institutionnel » (v. *E. Cujo, Les réactions décentralisées de l'Union européenne à l'illicite, thèse Paris X-Nanterre, 2002 p. 16*, ainsi que plus largement l'ensemble de l'introduction dans laquelle l'auteur met très bien en relief le malaise consécutif de la doctrine face à la pratique extérieure de l'Union européenne dans sa relation au droit international). L'observateur doit alors faire preuve d'une capacité à se mouvoir

dans deux mondes différents en s'armant d'un bagage internationaliste et européeniste qui, à l'heure actuelle, compte tenu de la spécialisation croissante du droit européen mais aussi du droit international, est malheureusement de plus en plus difficile à acquérir – ce qui explique peut-être les réticences de la doctrine à s'emparer du sujet...

## II. – LES LIMITES AFFECTANT LA CAPACITE DE L'UNION EUROPEENNE A INFLUER EFFECTIVEMENT SUR LE DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL

12 – Une fois les obstacles méthodologiques, sinon levés, du moins lucidement pris en compte, les difficultés ne disparaissent pas pour autant, mais elles vont alors peser sur les acteurs eux-mêmes et plus sur l'observateur de leur pratique. Le défi auquel l'Union européenne (comme toute organisation régionale, mais sans doute plus que d'autres) et les organes du droit international susceptibles de tenir compte de sa pratique vont être confrontés à cet égard peut se résumer de la manière suivante : en revendiquant sa singularité pour mieux se soustraire, dans son ordre juridique propre, au jeu des mécanismes internationaux jugés peu propices à l'intégration régionale, l'organisation régionale n'encourt-elle pas le risque de perdre toute capacité d'influence sur l'évolution d'un droit à la logique duquel elle entend précisément échapper ? Ce piège, tout régionalisme (ou tout particularisme) risque d'y succomber – « risque », seulement, car il faut bien comprendre qu'il n'y a aucune fatalité ici. Après tout, le fédéralisme s'est largement construit par opposition au droit international, ce qui ne l'a pas empêché d'influencer par la suite ce dernier – la théorie des compétences implicites, le droit des délimitations frontalières ou certains principes environnementaux sont là pour en attester. En a-t-il été, et en va-t-il encore de même pour l'Union européenne ? Il est difficile de répondre de manière univoque à pareille interrogation dans la mesure où l'ambiguïté, davantage que la clarté, semble prédominer en la matière, qu'il s'agisse du sort que l'Union européenne semble réserver au droit international général dans sa pratique (A) ou du traitement qu'elle semble vouloir se réserver à elle-même sur la scène internationale (B).

### A. Le sort réservé au droit international général dans la pratique de l'Union européenne

13 – Ce n'est certainement pas le lieu ici de revenir en détail sur l'ensemble de la pratique extérieure de l'Union européenne. Cela a été abondamment fait ailleurs, de manière aussi exhaustive qu'éclairée, en particulier pour ce qui touche à sa pratique conventionnelle (v. tout particulièrement *F. Hoffmeister, The Contribution of European Union Practice to International Law, in M. Cremona et B. de Witte (eds.), European Union Foreign Relations Law : Constitutional Fundamentals : Hart, 2008, pp. 37-127*). On voudrait simplement faire ressortir ici l'ambiguïté potentielle de cette pratique dès lors qu'il s'agirait de l'invoquer au soutien de quelque évolution substantielle du droit international général, c'est-à-dire des règles du droit international susceptibles, en raison de leur caractère transversal ou fondamental, de concerner l'ensemble de ses sujets et pas seulement les partenaires directs de l'Union européenne – nous mettrons de côté en revanche ce qui relève d'une influence plus indirecte du droit de l'Union européenne, sur le mode de « l'échange des droits », le fait en particulier que l'intégration européenne fasse à bien des égards figure d'un modèle qui, pour cette raison, a pu « s'exporter » dans d'autres régions du monde (v. en particulier sur ce phénomène, et l'élaboration conceptuelle consécutive d'un véritable « droit de l'intégration » commun à plusieurs organisations régionales, *P. Daillier (coord.), La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines : AFDI, 2005, pp. 640 et s.* – *A. Kössler et M. Zimmek (eds.), Elements of Regional Integration. A Multidimensional Approach: Nomos, Baden, 2008* ; v. aussi, sur un registre toutefois un peu différent, *A.-M. Slaughter et W. Burke-White, The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law) : Harvard International Law Journal, 2006, pp. 327-352*).

14 – Une double dynamique traverse de ce point de vue la pratique extérieure de l'Union européenne, dans le droit fil de la dynamique intrinsèque du régionalisme juridique rappelée plus

haut. Loin de rompre avec les principes qui forment le socle du droit international contemporain, l'Union européenne en assoit au contraire l'effectivité en les incorporant à sa pratique – ce qu'elle a d'ailleurs l'obligation internationale de faire en tant qu'elle est liée, comme tout sujet du droit international, par les règles coutumières internationales (v. *G. Cahin, La coutume internationale et les organisations internationales : Pedone, Paris, 2001, pp. 513-527*) ; mais l'Union européenne ne le fait toutefois que dans la mesure où cela rencontre ses intérêts et ne heurte pas sa structure fondamentale. Cela aboutit le cas échéant à une certaine ambiguïté (ou hésitation) dans le fondement (universel ou régional) donné à ces principes.

15 – A lire par exemple, hier le Traité sur la Communauté européenne (TCE), aujourd'hui le Traité sur l'Union européenne (TUE) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), il est manifeste que les Etats membres de l'Union européenne entendent que celle-ci pèse sur les relations internationales et y fasse entendre sa voix, tout particulièrement s'agissant des valeurs fondamentales qui devraient être placées selon eux au cœur de l'ordre juridique international. Mais cette revendication oscille entre deux pôles tout à fait opposés, d'un côté la simple inscription de l'Union européenne dans une démarche universelle qui la dépasserait, de l'autre, une volonté affirmée d'exporter des principes qui lui seraient propres, au motif que leur généralisation serait bienvenue. Il en résulte des formulations alambiquées où, curieusement, ce qui relève de l'universel est élaboré à partir du régional, et non l'inverse. Ce phénomène se manifeste dans les traités à quatre niveaux principalement.

16 – Premièrement, la pratique européenne y est crânement conçue – sans craindre le reproche d'une sorte de néo-colonialisme – comme se trouvant au fondement des valeurs universelles contemporaines. Au terme du premier alinéa du préambule du TUE, les Etats membres affirment ainsi « s'inspir[er] des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine (...) »..

17 – Deuxièmement, la juridicité de ces valeurs ou les principes généraux qui y sont associés ne sont pas fondés sur leur universalité intrinsèque mais sur le fait qu'ils « sont commun[s] aux Etats membres » (articles 2 et 6, paragraphe 3, du TUE, ainsi que 340, alinéa 2, du TFUE). Cela revient à les concevoir avant tout suivant le mécanisme des principes *régionaux* du droit dont la CJCE a récemment poussé d'un cran encore la logique particulariste en les « constitutionnalisant » dans l'affaire *Kadi* (aff. précitée). Cela n'empêche toutefois pas par ailleurs le juge européen d'appliquer en tant que tels certaines règles coutumières internationales (v. *CJUE, Brita, C-386/98, 25 février 2010*) et certains « principes généraux de droit international » (v. *CJUE, Rottman, aff. C-135/08, 2 mars 2010*) mais il le fait le plus souvent sous réserve cependant qu'ils soient d'abord rattachés à un principe général communautaire (v. ainsi *TPICE, Opel Austria, aff. 115/94, 22 janvier 1997, et Grèce c. Commission, aff. T-231/04, 11 janvier 2007*, ce que, en revanche, la Cour s'est abstenue de faire le 6 novembre 2008 dans l'affaire *C-203/07 P, Grèce c. Commission*, traduisant peut-être une évolution de son appréhension des relations entre droit européen et droit international).

18 – Troisièmement, et dans une perspective fonctionnelle plus classique, l'Union européenne est uniquement chargée de défendre à l'extérieur les principes autour desquels elle a été elle-même construite (v. l'article 21 du TUE : « L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde (...) »). Les principes qui sont placés au cœur de l'action extérieure de l'Union européenne ne sont donc pas conçus comme des principes universels à la défense desquels l'Union apporterait son soutien, mais plutôt comme des principes régionaux dont il lui incombe d'assurer la promotion et donc l'exportation.

19 – Enfin, l'action extérieure de l'Union européenne « dans ses relations avec le reste du monde », quand bien même elle viserait « au strict respect et au développement du droit international », est subordonnée avant tout à l'affirmation, la promotion et la défense de « ses valeurs » et de « ses intérêts » (ceux de l'Union européenne, et non ceux du droit international) (v. les articles 3, paragraphe 5, et 21, paragraphe 2, alinéa a, du TUE).

20 – La pratique conventionnelle de l'Union européenne n'est pas loin d'épouser la même tendance. Cette pratique est bien entendu susceptible d'influencer, à plus d'un titre, soit le droit international des traités, grâce à une pratique abondante et largement modélisée et au recours à des techniques conventionnelles classiques que tout sujet du droit international manipule fréquemment (la clause de la nation la plus favorisée par exemple), soit certains secteurs particuliers de la réglementation internationale vis-à-vis desquels l'Union européenne est devenue un acteur incontournable en raison de sa puissance économique – le droit international du commerce bien entendu, mais aussi dans un avenir plus ou moins proche le droit international des investissements dont on sait qu'il s'est construit depuis une trentaine d'années par recours à la technique conventionnelle bilatérale et qui ressortit désormais à la compétence exclusive de l'Union européenne, tout du moins pour ce qui concerne les investissements directs (v. l'article 207, paragraphe 1, du TFUE). Mériterait également d'être mentionnée ici la pratique constante de la Commission européenne consistant à renvoyer, *mutatis mutandis*, à l'application de la convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques entre Etats pour fixer le régime applicable à ses propres délégations à l'étranger (plus de 130 aujourd'hui) dans les accords d'établissement conclus avec les Etats hôtes. Le nombre croissant de conventions conclues par l'Union européenne ne manquera d'ailleurs pas de renforcer cette tendance puisqu'il deviendra, du fait de la part grandissante prise par ces conventions parmi les sources de la réglementation européenne, de plus en plus illusoire de soumettre cette pratique conventionnelle aux particularités du droit européen. Bien plutôt, c'est l'inverse qui sera susceptible de se produire à travers une dépendance accrue, dans l'ordre juridique européen, des sources « internes » aux sources « externes » en forte expansion (v. en ce sens *J.-S. Bergé, La part d'originalité du droit communautaire, in S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), op. cit., p.171*). Il faut enfin ajouter que la pratique internationale de l'Union européenne ne se limite pas, loin s'en faut, à sa pratique conventionnelle. Celle-ci intervient également par le biais d'instruments plus informels comme des « lignes directrices » (sur la reconnaissance de nouveaux Etats en 1991 ou sur le droit international humanitaire en 2005 par exemple) ou la coordination des pratiques juridiques internationales des Etats membres dans le cadre du COJUR (le « Groupe "droit international public" ») (v. pour une présentation très bien référencée de cette pratique variée *F. Hoffmeister, op. cit., en particulier la troisième partie de l'étude*).

21 – Si cette pratique internationale est aussi intense qu'incontestable, il faut avoir conscience toutefois qu'elle n'est pas nécessairement susceptible d'une généralisation (au sens qu'elle n'est pas nécessairement de nature à pouvoir être invoquée au soutien de l'émergence, ou du renforcement, de règles coutumières internationales). Le fait est qu'elle reste en effet très étroitement dépendante des intérêts propres de l'Union européenne et qu'à ce titre, elle peut rencontrer une certaine résistance, en tout cas contestation, de la part des partenaires de l'Union européenne ou des tiers.

22 – L'insertion de clauses « droits de l'homme » (suspension de l'accord en cas de non-respect de ces droits) dans les conventions principalement conclues avec les pays en développement, justifiée par la nécessité de faire respecter des principes garantis par le droit international coutumier, a par exemple tout d'une conditionnalité qui ne dit pas son nom et qui peut, pour cette raison – encore plus lorsqu'elle s'accompagne d'une attitude paternaliste (v. par ex. *International Law Reports, vol. 107, pp. 517-535*), rencontrer quelques réticences du côté des pays partenaires (v. plus largement sur les ambiguïtés pouvant affecter la « défense de causes universelles » par l'Union européenne et en particulier le fait qu'elle est subordonnée aux intérêts propres de celle-ci *E. Cujo, op. cit., pp. 120-134 et pp. 301-318*). La revendication d'une application extraterritoriale du droit européen de la



concurrence a pu se heurter également à une résistance substantielle de certains Etats, même si celle-ci a fini par s'éteindre avec le temps, mais d'une manière qui rend néanmoins encore aujourd'hui très difficile l'idée que le droit coutumier international accepterait sans difficulté ce type de pratique (v. *Commission du droit international des Nations Unies, Rapport sur les travaux de sa 58<sup>ème</sup> session, A/61/10, annexe E, La compétence extraterritoriale (étude du Secrétariat), pars. 23-27*).

23 – De même, on sait que l'Union européenne est fréquemment tentée de se soustraire au jeu d'un accord multilatéral qu'elle conclut pour lui préférer, à l'intérieur de son ordre juridique, l'application de ses propres règles, droit qui n'est pas reconnu en revanche à ses partenaires conventionnels (ce mécanisme de la « clause de déconnexion » a été sévèrement critiqué pour cette raison : v. *C. Economidès et A. Kolliopoulos, La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique contestable : RGDIP 2006, pp. 273-302* ; v. également la réticence des autorités communautaires à voir leurs litiges soumis à un autre juge que le leur, y compris dans le domaine des investissements étrangers pour lequel l'arbitrage est pourtant devenu le mode de règlement privilégié : v. *B. Poulain, Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux : RGDIP, 2009/4, pp. 886 et s.*). Plus fondamentalement, mais suivant au fond la trame classique des politiques juridiques extérieures des Etats qui sont d'abord et avant tout le reflet de leurs intérêts nationaux, l'Union européenne n'hésite pas à s'affranchir du respect des règles dont elle promeut par ailleurs le respect de la part des tiers, soit lorsqu'il lui incombe à elle de les respecter, soit lorsque l'application de celles-ci rencontre sur son chemin les aléas de la *Realpolitik* (le constat en a été dressé récemment par exemple à propos du droit international humanitaire : v. *A.-S. Millet-Devalle (dir.), L'Union européenne et le droit international humanitaire : Pedone, Paris, 2009*).

#### *B. Le traitement que l'Union européenne se réserve sur la scène internationale*

24 – L'Union européenne ne se départit pas au demeurant elle-même d'une certaine réserve lorsqu'elle est directement sollicitée de prendre position sur l'articulation à opérer entre sa pratique d'une part, et les éventuelles normes coutumières qui pourraient prendre appui sur elle, d'autre part. Il se trouve en effet qu'elle est bien obligée de tenir compte, sur la scène internationale, des particularités de son droit dont l'inspiration motrice reste le souci d'intégration.

25 – Lorsqu'ils correspondent exactement à sa pratique, l'Union européenne n'hésite pas à apporter son entier soutien aux projets de codification élaborés au plan universel, principalement par la Commission du droit international des Nations Unies (v. par exemple récemment à l'égard du projet en cours relatif aux effets des conflits armés sur les traités *A/CN.4/592, 27 février 2008, pp. 3-8*). Dans d'autres circonstances cependant, l'Union européenne se trouve tenue de rappeler le caractère *sui generis* de sa pratique et de souligner en conséquence la difficulté qu'il y aurait à proposer une règle générale qui pourrait en tenir dûment compte. Lorsque la CEE fut consultée en 1978 sur le projet d'articles relatif à la clause de la nation la plus favorisée, celle-ci estima par exemple devoir attirer l'attention de la CDI sur « les aspects spécifiques de la pratique par la CEE de la CNPF, qui découlent de la nature particulière du processus d'intégration régionale dans laquelle la Communauté est engagée » avant de plaider en conséquence en faveur de l'existence d'une règle coutumière érigeant en exception à la CNPF l'existence d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange (*Annuaire de la CDI, 1978, vol. II (2), pp. 201-203, pars. 7 et 9-11*). De même, lorsqu'au début des années quatre-vingt, elle fut sollicitée de réagir au projet d'articles sur le droit des traités conclus par les organisations internationales, la CE défendit l'idée qu'il fallait suivre le modèle de la convention de 1969 relative aux traités conclus par les Etats, les organisations internationales devant être mises selon elle sur un pied d'égalité avec les Etats, tout en soulignant cependant le caractère « *sui generis* » de ses propres relations avec les Etats et organisations tierces (*Annuaire de la CDI, 1981, vol. II (2), p. 205, par. 3, et 1982, vol. II (2), pp. 145-146* – il faut croire que ce caractère n'a pas

été suffisamment pris en compte puisque l'Union européenne n'a finalement jamais ratifié la convention de 1986 issue de ce processus de codification).

26 – Cette difficulté à marier son soutien à la codification d'un droit international général à la défense des caractères propres de son ordre juridique se retrouve à l'heure actuelle de manière très marquée dans les travaux de la CDI sur le droit de la responsabilité des organisations internationales. Les préoccupations de l'Union européenne à l'égard de ce projet ont été abruptement résumées par deux membres (à l'époque) du service juridique de la Commission européenne en des termes expressifs : « Does one size fit all ? » (*E. Paasivirta et P.J. Kuijper, Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations: NYBIL, 2005, pp. 169-226*). En des termes plus policés, la CE indiquait en 2006 à la Commission du droit international qu'elle « attach[ait] beaucoup d'importance aux travaux de la CDI, même si elle les considère du point de vue d'une organisation internationale *sui generis* » (*A/CN.4/568/Add.1, 12 mai 2006, p. 4*). En réalité, la CE a émis de forts doutes quant à la faisabilité même « d'appliquer à toutes les organisations internationales les dispositions d'un seul projet d'articles, en raison de la très grande diversité de ces organisations, dont la CE elle-même est un exemple » (*A/CN.4/593, 31 mars 2008, p. 2*).

27 – Consciente toutefois que pareille approche risquait de condamner toute codification de la matière et toute émergence de règles communes, mais désireuse dans le même temps de ne pas y sacrifier pour autant sa singularité, l'Union européenne a développé une stratégie de contournement consistant en quelque sorte à « généraliser sa singularité ». Au lieu de défendre directement ses intérêts juridiques « personnels », ce qui n'aurait pu aboutir qu'à la revendication d'un statut particulier, *sui generis*, difficilement acceptable, l'Union européenne tente aujourd'hui de convaincre les Etats tiers de la ranger sous la bannière d'une nouvelle catégorie juridique, suffisamment abstraite pour dépasser en théorie son cas particulier, mais suffisamment circonscrite aussi pour tenir pleinement compte de ses spécificités. En 2004, la CE recommanda à la CDI de prêter « une attention toute particulière à des notions consacrées telles que "organisation d'intégration économique générale" qui ont cours dans la pratique conventionnelle moderne » (*A/CN.4/545, 25 juin 2004, p. 5*). La stratégie normative développée par l'Union européenne semble ainsi consister depuis quelques années à faire de son cas particulier une sorte d'archétype (selon *E. Paasivirta et P.J. Kuijper, op. cit., p. 203*, l'Union européenne est « generic enough and meaningful for others ») de manière à pouvoir revendiquer ensuite, à ce titre, un statut coutumier particulier. Il y a bien entendu une grande part d'artifice dans cette manière de contourner la difficulté. S'il est vrai que des conventions multilatérales en nombre croissant réservent un sort à part à la catégorie des 'organisations d'intégration économique régionale' (de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 en passant par la Charte de l'Energie de 1994 ou les traités dans le domaine de l'environnement – sur cette pratique, v. *E. Paasivirta et P.J. Kuijper, op. cit., pp. 204-212*), il n'en demeure pas moins que cette catégorie n'a été créée que pour les besoins de la cause européenne, seule la CE/UE ayant eu à ce jour le profil requis pour en bénéficier.

28 – Toujours est-il que la nécessité ainsi éprouvée par l'Union européenne de généraliser autant qu'elle le peut son cas particulier dans le cadre d'une stratégie normative clairement assumée témoigne du malaise qu'elle peut parfois éprouver à s'insérer sans contraintes dans une société internationale dont les grands principes doivent être suffisamment généraux pour lui permettre de remplir sa fonction régulatrice. Sans doute ne passe-t-on pas sans encombre d'un cadre pré-fédéral exacerbant l'identité régionale à une société internationale encore très anarchique et réductrice des différences. Cela ne veut pas dire bien sûr que l'Union européenne serait condamnée par principe à devoir renoncer à ce qui la caractérise pour avoir voix au chapitre sur la scène du droit international. Cela signifie simplement que les interactions entre le droit international et le droit européen sont finalement elles aussi soumises au défi qui leur est commun : trouver les moyens d'unir dans la diversité.

---

**La place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen :  
réflexion au départ de quatre cas**

---

**Jean-Sylvestre Bergé**

*Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (CEJEC)*

1 – Quatre cas tirés de l'actualité juridique de ces douze derniers mois offrent l'occasion de s'interroger sur la place respective des méthodes de combinaison et de hiérarchisation des droits appliqués dans un contexte de fort pluralisme juridique mondial (pour une présentation de ces deux étapes dans le jeu plus vaste d'articulation du droit international et européen, voir cette chronique, JDI 2009, p. 903).

Ces cas ne se ressemblent pas. Ils portent, en effet, sur quatre hypothèses totalement distinctes d'articulation de droits construits à des niveaux – national, international ou européen – différents : l'articulation du droit international et européen des transports aériens (CJCE, 22 octobre 2009, aff. C-301/08, Bogiatzi), l'articulation du droit de la nationalité avec le droit de la citoyenneté européenne (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, Rottmann), l'articulation d'une procédure nationale de contrôle de constitutionnalité et de la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne (Cass., QPC, 16 avril 2010, n° 10-40002), l'articulation des sources européennes et conventionnelles du droit international privé en matière d'obligations alimentaires (Conseil UE, décision n° 2009/941/CE). Mais ils ont malgré tout deux points en commun. Dans chacun de ces cas, le droit de l'Union européenne est sollicité pour livrer une solution à une situation plus ou moins apparente d'interaction du droit international ou européen (I.). Dans chacun de ces cas, le droit de l'Union européenne est susceptible d'apporter des réponses sur la place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen (II.).

**I – Le droit de l'Union européenne sollicité pour livrer une solution à un cas d'interaction du droit international ou européen**

2 – Les trois décisions et le texte sous commentaire offrent un panorama gradué de la manière dont le droit de l'Union européenne peut être mobilisé pour tenter de résoudre un cas d'interaction du droit international et européen. Cette graduation va du cas le plus apparent au cas le plus dissimulé, du cas le plus anodin au cas le plus spectaculaire.

3 – Les raisons sont sans doute nombreuses pour que le premier cas ne retienne que peu l'attention de la doctrine alors qu'il illustre parfaitement, nous semble-t-il, l'interaction qui peut exister entre le droit européen et le droit international. Rendu dans un contexte réglementaire international et européen aujourd'hui dépassé, sans réelle portée pratique pour l'avenir, l'arrêt Bogiatzi (CJCE, 22 octobre 2009, aff. C-301/08 : Europe janv. 2010, comm. n° 4, J. Dupont-Lassalle) s'efforce, en effet, de tirer les enseignements de solutions établies sur le thème de la place des conventions internationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne (pour une affaire plus récente, mettant en scène les textes internationaux et européens aujourd'hui en vigueur en matière de responsabilité des transporteurs aériens, voir : CJUE, 6 mai 2010, Walz, aff. C-63/09). Mais il mérite d'être

commenté, tant sa motivation est apte à nourrir une réflexion sur la place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen.

De quoi s'agissait-il ? La cour de justice a été saisie de questions préjudicielles soulevées par une juridiction nationale ayant eu à connaître d'une action en responsabilité civile dirigée contre un transporteur aérien luxembourgeois en raison d'un accident survenu à l'embarquement d'un vol intra-européen. Deux de ces questions portaient sur le point de savoir 1° si la Convention de Varsovie (version modifiée à La Haye en 1955) fait partie des normes de l'ordre juridique de l'Union européenne que la Cour de justice est amenée à interpréter et 2° si, en tout état de cause, cet instrument international a vocation à s'appliquer pour compléter le régime de responsabilité aménagé par un règlement européen (Règlement 2027/97/CE, dans sa version applicable aux faits de l'espèce). A la première question, la Cour de justice a répondu par la négative, en considérant que la Communauté européenne n'avait pas succédé aux Etats membres, signataires de cet instrument. A propos de la seconde question, elle a estimé qu'un délai pour agir de deux ans, posé par la Convention de Varsovie, avait vocation à être invoqué pour compléter le régime de responsabilité défini par le texte de droit dérivé européen, resté silencieux sur ce point.

Aucune de ces deux réponses n'est de nature à surprendre. La première est l'illustration d'une jurisprudence parfaitement connue (CJCE, 12 déc. 1972, *International Fruit Company*, aff. 21 à 24/72). L'Union européenne et, avant elle, la Communauté européenne n'est liée par un accord international conclu par l'ensemble de ses Etats membres que si elle a assumé les compétences précédemment exercées par les Etats membres dans le domaine d'application de l'accord en question. A la lumière de la réglementation européenne applicable au différend porté devant le juge national, il apparaît que ça n'est pas le cas, certains de points de droit abordés par la Convention de Varsovie n'étant pas régis, en effet, par les textes de droit dérivé européen applicables (arrêt, pts 25 à 33). La seconde réponse de la Cour de justice s'inscrit dans une tendance forte du droit européen à interagir avec les normes de droit international qui l'environnent (arrêt, pts 39 à 45). La Cour de justice s'efforce ainsi d'explicitier la manière dont une convention internationale peut, dans son application, utilement compléter un régime de responsabilité défini par un règlement européen. Pour ce faire, elle interprète le texte de droit dérivé en considérant qu'il interagit avec un texte international alors même que celui-ci ne fait pas partie des sources du droit de l'Union européenne (pour une analyse approfondie de ce phénomène dans le domaine de la propriété industrielle, voir K. Ben Dahmen Ben Tanfous, *Le statut des accords internationaux conclus par les Etats membres en matière de protection de la propriété industrielle dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse à soutenir à l'Université de 7 novembre à Cathage, Tunis, le 19 juin 2010, 781 pages).

4 – Le deuxième cas retenu est d'une tout autre facture. L'arrêt *Rottmann* (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, Europe juin 2010, Etudes n° xxx) était très attendu. L'interaction du droit international et européen qu'il met en scène est accessoire à un autre type d'interaction : celle qui mobilise les règles nationales relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité et les règles de l'Union européenne relatives, notamment, à la citoyenneté européenne (article 17 CE devenu article 20 TFUE).

La situation de fait à l'origine de cet arrêt préjudiciel était la suivante : un ressortissant autrichien a acquis à sa demande la nationalité allemande et a perdu de ce fait, par application de la loi autrichienne, sa nationalité d'origine. Les autorités allemandes, apprenant que le ressortissant en question faisait l'objet de poursuites pénales en Autriche, lesquelles avaient été occultées par l'intéressé au moment de sa demande de naturalisation, décidèrent de retirer rétroactivement l'arrêté de naturalisation au motif qu'il avait été obtenu au moyen d'une fraude. La décision de retrait faisant l'objet de différents recours internes, c'est le dernier de ces recours qui a donné lieu à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. En substance, la question a été posée de savoir si le droit de l'Union européenne s'oppose à l'application de solutions de droit national qui, procédant au retrait de la nationalité d'un ressortissant d'un Etat membre sans réattribution de la nationalité d'origine d'un autre Etat membre, conduisent à la perte de la citoyenneté européenne. Le raisonnement du juge de renvoi est le suivant : la citoyenneté européenne étant reconnue aux ressortissants des vingt-sept Etats membres, la perte de nationalité dans les Etats membres d'origine

puis d'accueil crée un cas d'apatridie qui entraîne, par voie de conséquence, la perte de la citoyenneté européenne. La question se pose donc d'une éventuelle incompatibilité entre le droit national, d'une part, et le droit européen, d'autre part.

Pour répondre à cette question difficile, la Cour de justice a fait le choix de s'appuyer largement sur le droit international. Au lieu de limiter ses analyses aux rapports entre les droits internes et le droit européen, ce qu'elle fait dans un second temps seulement de sa décision, elle prend préalablement appui sur différents instruments internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Convention de New York sur la réduction des cas d'apatridie de 1961, Convention européenne sur la nationalité de 1997) et en appelle à l'existence d'un « principe de droit international général » (arrêt, notamment pts 14 à 21, 48, 52 et 53) pour considérer que les Etats sont seuls compétents pour définir les règles d'attribution de la qualité de ressortissant national (arrêt, pt. 39 qui cite notamment la célèbre jurisprudence Micheletti : CJCE, 7 juill. 1992, aff. C-369/90). Elle précise également que si les Etats se sont engagés à éviter que la perte de nationalité entraîne des cas d'apatridie, c'est sous la réserve générale que la nationalité n'a pas été obtenue par des moyens frauduleux (arrêt, pts 52 à 54). Une fois ces deux précisions apportées, l'analyse des rapports entre le droit national – tel que sous-tendu par le droit international – et le droit européen peut débuter. La Cour de justice considère que la décision de retrait de la naturalisation en raison de manœuvres frauduleuses constitue un motif d'intérêt général (arrêt, pt. 51). Elle s'attache à vérifier que sa mise en œuvre satisfait une exigence de proportionnalité (arrêt, pt. 55).

Ce choix du juge européen de placer un cas d'articulation du droit national et européen dans une perspective plus large confrontation du droit international et européen n'est pas neutre pour notre propos. Elle illustre un nouveau cas d'interaction du droit international et européen mis en valeur par la juridiction européenne.

5 – Le troisième cas étudié est probablement celui qui est amené à avoir le plus grand retentissement en France même s'il entretient un lien relativement distant avec le thème des interactions du droit international et européen (Cass., QPC, 16 avril 2010, n° 10-40002 : Europe mai 2010, Etude n° 5, D. Simon et A. Rigaux). Dans une procédure interne, une juridiction du fond française a soulevé devant la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité en vue de son éventuelle transmission au Conseil constitutionnel, compétent au titre du nouvel article 61-1 de la Constitution française, introduit en 2008. La question formulée par le premier juge mettait en cause la compatibilité d'une disposition de la loi française (article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale) avec « les droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ».

Refusant de s'en tenir au strict énoncé de la question posée par le juge de renvoi, la Cour de cassation a pris appui sur les écritures du demandeur pour déplacer la discussion du terrain de la constitutionnalité de la loi française vers celui de sa conformité à des dispositions de droit européen. Pour ce faire, la haute juridiction judiciaire a procédé à deux sauts successifs dans son raisonnement. Elle s'est d'abord interrogée sur la compatibilité de la règle de procédure pénale avec un article du traité européen relatif à la libre circulation des personnes dans l'espace de liberté, sécurité et justice (article 67 TFUE). Puis remontant d'un cran dans la généralité, elle s'est posé la question sensible de la compatibilité de certaines règles de procédure relatives à la question prioritaire de constitutionnalité (articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009) avec les dispositions du traité européen sur le renvoi préjudiciel (article 267 TFUE). Sur ce dernier aspect, qui retiendra seul notre attention, la Cour de cassation s'interroge sur la compatibilité européenne du dispositif français qui contraint le juge ordinaire à se prononcer en priorité sur la question de constitutionnalité, lorsqu'il est saisi de moyens contestant également la conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France. Ces deux étapes franchies, la Cour de cassation décide de surseoir à statuer et de présenter deux questions préjudicielles à la Cour de justice.

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation pour appréhender une question de constitutionnalité de la loi française sous la forme d'une question de conformité de cette même loi française au droit européen intéresse indirectement le thème des interactions du droit international et européen.

Dans le système juridique français, nos deux grands ordres de juridictions judiciaires et administratives ont, de manière générale, toujours refusé de dissocier le traitement en droit interne du droit international et du droit européen. Cet amalgame du droit international et européen conduit la majorité des juristes, spécialement des juges, à considérer que le contrôle de constitutionnalité de la loi se distingue, de manière générale, du contrôle de conventionnalité de la loi, sans distinction à l'intérieur de cette dernière catégorie entre les normes de droit international et les normes de droit européen. C'est ce même état d'esprit qui a présidé semble-t-il à la rédaction de la loi organique de 2009 alors pourtant, d'une part, que le Conseil constitutionnel, notamment, a donné des signes d'un traitement différencié du droit européen et du droit international sur la question, il est vrai, très précise du contrôle des lois de transposition des directives (Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006) et, d'autre part, que des auteurs s'étaient interrogés sur cette assimilation pure et simple du droit international et du droit européen dans le projet de loi organique (P. Cassia, Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, AJDA 2009, p. 2193 ; D. Simon, Le projet de loi relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ?, Europe 2009, repère 5 ; voir également sur ce thème : L. Burgorgue-Larsen, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, RFDA 2009, p. 787).

Or c'est sur cette banalisation du droit international et du droit européen que s'appuie la Cour de cassation pour tenter d'ouvrir une brèche sur ce qu'il faut bien appeler une hiérarchisation des procédures de contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois. Pour y parvenir, elle sollicite, en effet, le droit de l'Union européenne qui lui offre les potentialités les plus grandes. Sans préjuger des réponses que la Cour de justice sera amenée à apporter aux deux questions préjudicielles qui lui ont été posées, on peut raisonnablement penser qu'elles ne porteront que sur la propension du droit de l'Union européenne à laisser s'appliquer ou, au contraire, à interdire, le jeu des règles de procédure française sur la question prioritaire de constitutionnalité. En cas d'incompatibilité, il reviendra aux institutions françaises de tirer les éventuelles conséquences d'une assimilation pure et simple du droit international et du droit européen dans ce contexte procédural précis.

6 – Le quatrième et dernier cas porte sur l'articulation de deux instruments de droit international privé : le règlement n° 4/2009/CE du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires et le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Dans le règlement 4/2009/CE, il a été notamment prévu que « La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires pour les États membres liés par cet instrument » (article 15). Pour définir l'ensemble des solutions au conflit de lois, le texte de droit européen dérivé s'en remet ainsi à l'application d'un instrument international liant, le cas échéant, les États membres, là où il définit des règles propres en matière de conflit de juridictions *lato sensu* (compétence des tribunaux, reconnaissance et exécution des décisions).

Cette combinaison conditionnelle du texte européen et du protocole international a radicalement changé de nature avec l'adoption de la décision sous commentaire : décision 2009/941/CE du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la conclusion, par la Communauté européenne, du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Le Conseil a estimé, en effet, que la Communauté européenne « dispose d'une compétence exclusive pour toutes les questions régies par le protocole », de sorte qu'elle peut y adhérer, ce qu'elle a fait. Exceptés les États non liés par le règlement n° 4/2009/CE (il ne reste plus que le Danemark à ce jour, la Commission européenne ayant pris acte de la volonté du Royaume-Uni d'opter pour le règlement : décision n° 2009/451/CE de la Commission du 8 juin 2009), l'application combinée du règlement européen et du protocole de La Haye devrait être effectivement contraignante au jour de l'entrée en vigueur de ce dernier. Tel est en tout cas le vœu exprimé par le Conseil de l'Union européenne dans la décision commentée.

Le changement est très important et pour tout dire spectaculaire. Alors que le règlement du Conseil semblait soumettre l'applicabilité du protocole de La Haye à la volonté des Etats membres, une lecture littérale de la décision du Conseil implique que lesdits Etats sont dorénavant liés par l'instrument de La Haye sans même avoir à le ratifier (ce qu'aucun d'entre eux n'a fait à ce jour).

## **II. Le droit de l'Union européenne et la place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen**

7 – Dans les quatre cas étudiés, le droit de l'Union européenne est sollicité pour arbitrer des situations plus ou moins flagrantes d'interaction du droit international ou européen. Dans les quatre cas, ils nous invitent à réfléchir sur la place respective de la combinaison et de la hiérarchisation du droit international et européen. Les deux premiers s'inscrivent volontiers dans une perspective de combinaison du droit international et européen, là où le troisième et le quatrième privilégient la voie de la hiérarchisation.

8 – La première décision (CJCE, 22 octobre 2009, Bogiatzi, aff. C-301/08) traduit une volonté forte de la Cour de justice de combiner plutôt que de hiérarchiser les solutions internationales et européennes en présence.

Cette impression générale se dégage clairement de la lecture de l'arrêt. Pour chacune des deux questions préjudicielles auxquelles il a été répondu, le raisonnement de la Cour de justice l'a conduite à s'écarter de l'approche interne et hiérarchisante du droit de l'Union européenne qui a manifestement animé la démarche de la juridiction de renvoi, pour lui préférer une approche externe et combinatoire d'un texte de droit dérivé européen avec une convention internationale. En considérant que la Convention de Varsovie n'est pas intégrée au système juridique européen (arrêt, pt 33) et, s'agissant d'une situation de fait interne à l'espace européen, que la primauté attachée au règlement 2027/97/CE ne permettait pas d'écarter les dispositions de la Convention de Varsovie relatives au délai pour agir (arrêt, pt. 43), la Cour de justice a souhaité combiner ces deux instruments du droit international et européen. Cette combinaison conduit le juge national de renvoi à devoir appliquer le règlement 2027/97/CE qui encadre l'action en responsabilité civile dirigée contre un transporteur aérien pour un vol intra-européen tel que complété par un article de la Convention de Varsovie (article 29), s'agissant de la question du délai pour agir (deux ans prévus par la convention contre les cinq ans pris par la victime pour agir contre le transporteur). Elle produit un résultat précis qui n'aurait pas été atteint par application de l'un ou l'autre des deux textes en présence.

Cette combinaison est incontestable le fruit d'une interprétation de l'économie générale du règlement 2027/97/CE. Constatant que le texte de droit dérivé européen demeure silencieux sur la question du délai pour agir et ne renvoie pas à l'application de l'article 29 de la Convention de Varsovie (arrêt, pt. 36), la Cour de justice s'attache à examiner le contexte du règlement européen (arrêt, pt. 39). Elle observe ainsi que le législateur européen a souhaité par cette disposition de droit dérivé prendre appui sur la réglementation internationale applicable pour rehausser, sur différents points précis, le niveau de protection des victimes pour les vols intra-européens (arrêt, pts 40 à 42). Mais elle constate, dans un même temps, que sur les points non réglés par le règlement européen, ce dernier ne fait pas obstacle à l'application de la Convention de Varsovie (arrêt, pts 43 et 44).

Cette analyse permet à la Cour de justice de conclure que « (...) il ressort (...) du règlement n° 2027/97/CE (...) que, lorsque ledit règlement n'écarter pas l'application de la convention de Varsovie dans le but d'augmenter le niveau de protection des passagers, cette protection implique *la complémentarité et l'équivalence dudit règlement avec le système conventionnel* ». (arrêt, pt. 43, non souligné dans le texte). Ces deux expressions désignent une volonté du juge européen d'appréhender le rapport entre ces deux sources écrites du droit international et européen sur un mode non hiérarchique, en les plaçant à un même niveau (« l'équivalence ») et en les articulant (« la complémentarité »). Son interprétation lui permet d'atteindre le résultat juridique auquel conduit

l'application cumulative de deux règles de source internationale et européenne différente, qui se complètent, plus qu'elles ne s'opposent.

9 – La deuxième décision (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, Rottmann) place la question de l'interaction du droit international et européen en arrière plan d'une autre forme d'interaction entre le droit national et européen. Alors que l'essentiel de la discussion juridique portée par le juge de renvoi devant la Cour de justice intéressait les rapports entre *l'existence* d'une compétence strictement étatique en matière de nationalité et le contrôle de son *exercice* au regard des exigences européennes sur la citoyenneté européenne notamment (pour un rappel de l'importance de cette distinction dans la dynamique de construction du droit européen, voir *Marché intérieur et espace de liberté sécurité justice : la dimension spatiale des espaces*, Chronique du CEJEC de droit européen et comparé n° 27, Petites affiches 2010, à paraître, spéc. p. xxx), la Cour de justice avait souhaité, de manière significative, introduire dans son raisonnement des éléments de droit international.

Cette référence au droit international peut paraître quelque peu elliptique dans sa motivation aux yeux des internationalistes publicistes. Si la Cour cite il est vrai trois instruments internationaux, elle en appelle sur le terrain coutumier à l'existence d'un « principe de droit international général » selon lequel les Etats sont seuls compétents pour définir les règles sur la nationalité, principe dont elle n'estime pas nécessaire d'étayer le fondement – même s'il est parfaitement incontestable. Cette ébauche est certes complétée par les conclusions de l'Avocat général Maduro qui cite notamment la jurisprudence internationale.

Cette lecture critique de la place ainsi donnée au droit international ne doit pas masquer néanmoins un autre enseignement qu'il est permis de tirer de l'arrêt. Dans cette affaire, nous avons observé que la Cour de justice s'est attachée à démontrer qu'il n'y avait pas d'antinomie franche entre le droit national et le droit européen, de sorte qu'il fallait rechercher le moyen de les faire coexister. Pour appréhender cette coexistence du droit national et du droit européen, la Cour de justice a éprouvé le besoin d'en référer au droit international tout au long de son raisonnement. Une lecture attentive de l'arrêt montre, en effet, que la juridiction européenne ne s'est pas contentée de citer des sources du droit international pour fonder la compétence des Etats à définir seuls leur droit de la nationalité (arrêt, pt 39). Elle y a fait également référence au stade crucial où elle entend contrôler l'exercice par les Etats membres de leur compétence en ce domaine (arrêt, pts 52 et 53). A chaque étape de son raisonnement, la Cour de justice a donc recherché dans le droit international une justification à l'existence et l'exercice de la compétence donnée aux Etats en ce domaine. L'Etat est compétent pour attribuer la nationalité. Il est également compétent pour la retirer en cas de fraude.

Cette double validation de la compétence nationale par le droit international a incontestablement aidé la Cour de justice à sortir d'une approche classique, verticale et hiérarchisée, des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit national des Etats membres. Alors que les questions soulevées par la juridiction de renvoi posaient clairement le problème de savoir si le droit européen s'opposait, en vertu de sa primauté, à l'application du droit national, la Cour de justice définit, par référence à la proportionnalité, un mode opératoire de combinaison des deux droits, en plaçant à jeu égal, d'une part, les règles de droit international sur la compétence des Etats en matière de nationalité et, d'autre part, les règles de l'Union en matière de citoyenneté européenne. L'interaction du droit international et européen a été, nous semble-t-il, utilisée par le juge pour sortir d'une approche strictement hiérarchique des rapports entre le droit national et le droit européen. Elle aurait sans doute pu parvenir au même résultat sans se référer au droit international (pour une lecture de la primauté, autrement qu'en termes de supériorité du droit européen sur le droit national, voir notre ouvrage écrit en collaboration avec S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, éd. Puf 2008, spéc. n° 670 et s.). Mais grâce à cette référence, la tâche lui en a été grandement facilitée tant le prisme hiérarchique envahit la plupart des esprits, chaque fois qu'il est question de relations entre le droit européen et le droit national.

10 – La troisième décision (Cass., QPC, 16 avril 2010, n° 10-40002) s'inscrit, sans hésitation possible, dans une perspective de hiérarchie. La Cour de cassation en appelle à la primauté du droit européen



pour déterminer si des règles de procédure interne qui gouvernent les rapports entre le contrôle de la constitutionnalité de la loi et celui de conventionnalité sont compatibles avec le droit de l'Union européenne.

Cette démarche retenue par le juge français nous intéresse, dans le cadre de cette chronique, à deux titres. On peut, tout d'abord, s'interroger sur le point de savoir pourquoi la Cour de cassation a fait le choix délibéré d'appréhender les rapports entre la loi française et le droit européen sous un angle essentiellement hiérarchique ? Notre juge judiciaire aurait pu de lui-même trouver les voies d'une conciliation entre les règles de procédure française et les règles européennes en considérant que la règle de procédure nationale n'interdit pas de soulever, dans un même temps, une question de constitutionnalité et une question préjudicielle (pour interprétation possible en ce sens, voir notamment les éléments de discussion proposés par D. Simon et A. Rigaux, *Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité*, Europe 2010, Etude préc., spéc. n° 23 ; pour une analyse en ce sens du Conseil constitutionnel, voir décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, notamment pt. 15, qui entend formuler sa propre analyse de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la Cour de justice). Au lieu de cela, elle a préféré hiérarchiser les deux questions, d'une part, en s'interdisant de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et, d'autre part, en s'estimant tenue de procéder à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. L'explication de cette attitude doit, nous semble-t-il, être recherchée dans la loi française. Quelle que soit l'interprétation que l'on entend donner des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (préc.), telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, il semble très difficile de ne pas y voir une volonté de hiérarchiser l'ordre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité quand ils sont sollicités devant le juge judiciaire ou administratif français (voir en ce sens, l'analyse du Conseil constitutionnel dans sa décision 2009-595 DC, 3 décembre 2009). Naturellement, cet ordre est de nature procédurale. Il n'interdit pas un examen des motifs d'inconventionnalité. Mais comment ne pas y voir une préférence marquée pour un ordre de référence (interne en l'occurrence) plutôt qu'un autre (international ou européen) ? C'est probablement ce qu'a considéré la Cour de cassation. Mais cette approche hiérarchique ne règle rien dans un contexte de pluralisme juridique mondial où une hiérarchie à un niveau est toujours susceptible d'appeler celle d'un autre niveau. La tentation était donc forte pour notre juge ordinaire d'interroger la Cour de justice sur l'encadrement européen des règles de procédure interne françaises.

Par ailleurs, sur le terrain des interactions du droit international et européen *stricto sensu*, il peut être intéressant de se projeter dans la situation où une incompatibilité serait décelée par la Cour de justice entre le dispositif procédural français et les règles européennes encadrant l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres. Dans cette hypothèse, qui n'est pas à ce jour vérifiée et que s'efforce d'infirmar par anticipation le juge constitutionnel français (Conseil constitutionnel, décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, préc., spéc. pts 9 à 16), il sera peut-être nécessaire pour appréhender à nouveau ces questions de procédure d'ouvrir une discussion institutionnelle en France sur le traitement différencié du droit international et du droit européen dans la double perspective du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité. Jusqu'à présent, la discussion a été largement étouffée par la pratique de nos institutions. Les potentialités respectivement offertes par les approches de type combinaison et hiérarchisation des droits ne seront sûrement pas de trop pour dénouer quelques-uns de fils qui commandent dans notre pays les questions d'articulation du droit national, international et européen.

11 – Le quatrième cas s'inscrit également dans une perspective de hiérarchisation (Conseil, décision n° 2009/941/CE). En considérant que la Communauté européenne (devenue Union européenne) avait une compétence exclusive pour adopter le Protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, le Conseil de l'Union européenne a clairement manifesté le souhait d'intégrer le texte international au droit européen. Avec cette décision, la convention internationale devient une source européenne du droit à part entière. Le système juridique européen se replie ainsi sur lui-même et intègre à ses propres constructions hiérarchiques un texte venu d'ailleurs.

Ce positionnement de la norme internationale dans le droit de l'Union européenne n'est pas sans risque. Le choix du Conseil de l'Union européenne de passer en quelque sorte en force, en devançant par sa décision, les éventuelles ratifications du Protocole de La Haye à intervenir dans les différents Etats membres qui le souhaitent, fait naître une discussion sur l'exercice de cette compétence dite « exclusive ». On imagine assez bien que deux thèses puissent s'affronter sur ce sujet difficile. La thèse qui considère que le

règlement 4/2009/CE vaut harmonisation des règles de droit international privé en matière d'obligations alimentaires dans leur ensemble de sorte qu'il y aurait eu préemption de la compétence nationale au sens où l'a précisé la Cour de justice (voir, notamment l'avis 1/2003 rendu à propos de la Convention de Lugano). La thèse opposée, qui aurait notre préférence, selon laquelle le règlement 4/2009/CE n'a pas eu pour ambition d'harmoniser les règles de conflits de lois, seules les règles sur la compétence des juridictions, la reconnaissance ou l'exécution des décisions étant concernées, de sorte que les Etats membres continueraient, en matière de conflit de lois, de partager leur compétence avec l'Union européenne.

Les voies envisageables pour résoudre la difficulté sont de deux ordres : la remise cause par voie préjudicielle (les délais de recours en annulation étant dépassés) de la validité de la décision n° 2009/941/CE ou la ratification par les Etats membres qui le souhaitent du Protocole de La Haye. Dans le premier scénario, essentiellement juridique, la Cour de justice aura à déterminer la nature – exclusive ou partagée – des compétences externes exercées par l'Union européenne. Dans le second scénario, de nature plus politique, les Etats membres décideraient, à l'image de ce qui se fait en matière d'accord mixte, de conforter la volonté de l'Union européenne de combiner ses règles propres de droit international privé avec celles d'un instrument international. Dans les deux cas, c'est bien une question d'interaction du droit international et européen qu'il importerait de trancher sur un mode soit de hiérarchisation soit de combinaison.

12 – Les quatre cas commentés illustrent assez bien nous semble-t-il la place respective de la combinaison et de la hiérarchisation dans le phénomène d'interaction du droit international et européen. La combinaison de droits construits à des niveaux différents permet de dégager des solutions qu'aucun droit en présence n'aurait permis d'atteindre seul (cas n° 1 et 2). Leur hiérarchisation contraint les juristes à raisonner en termes de conflit entre les droits et donc à procéder par voie d'élimination (cas n° 3 et 4). La seconde voie n'est opportune qu'en cas de véritable incompatibilité. Quand elle est empruntée d'emblée, sans considération de l'application combinée des droits en présence, elle fausse bien souvent les analyses en limitant considérablement les possibilités d'articulation du droit national, international et européen. Les constructions de type « hiérarchie des normes » qui existent à tous les niveaux du droit conservent leur pertinence dans un contexte de pluralisme juridique mondial. Mais aux juristes de droit interne, international ou européen de comprendre que le temps et la distance qui les séparent de la solution qu'ils entendent formuler pour résoudre une difficulté juridique les obligent à déployer d'autres outils. La combinaison des droits, et, avant elle, leur comparaison, offrent, à cet égard, des pistes de recherche parmi d'autres.

---

Mots-clés : Communauté / Union européenne ; relations extérieures de l'UE ; compétences externes de l'UE ; pratique conventionnelle de l'UE ; clause de déconnexion ; clauses droits de l'homme ; droit international général ; coutume internationale ; codification du droit international ; universalisme ; régionalisme ; fédéralisme ; communauté internationale ; organisations internationales ; organisation d'intégration économique régionale ; responsabilité des organisations internationales ; traités conclus par les organisations internationales ; principes généraux du droit international ; principes régionaux du droit international ; Traité de Lisbonne ; lignes directrices ; droit international humanitaire /

commercial / des investissements / de la concurrence / de l'environnement / diplomatique ;  
droit des transports ; droit de la nationalité ; citoyenneté européenne ; apatridie ; contrôle de la  
constitutionnalité de la loi ; contrôle de la conventionnalité de la loi ; droit international privé  
des obligations alimentaires.