

J.-S. Bergé, L'application du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité, CEJEC-WP 2011/2

Version définitive à paraître aux Editions Pedone : DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DROIT INTERNATIONAL : LES INTERACTIONS NORMATIVES (actes du colloque Paris, 3-4 février 2011, CRUE – CEDICUM – SDIE – CECOJI, coord. L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte et S. Touzé).

L'application du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité

par Jean-Sylvestre Bergé (*)

Résumé

Cet ouvrage pose la question de l'organisation des rapports normatifs entre le droit de l'Union européenne (UE) et du droit international. La contribution ci-dessous s'efforce d'appréhender ce thème au stade, souvent délaissé, de l'application du droit international et européen où deux types de règles sont principalement à l'œuvre : les règles d'applicabilité et les règles d'invocabilité. L'examen de ces règles et des différentes manières dont elles s'articulent permet, en effet, de mieux comprendre les interactions normatives entre le droit international et européen.

Summary

The aim of this collective work is to study the organization of the normative connections between European Union Law (EU) and international Law. The contribution below dreads this theme at the stage, often abandoned, of the application of the international and European law where two kinds of rules are mainly for the work: the rules of applicability and the rules of availability. Indeed, the examination of these rules and the various manners of which they articulate allows understanding the normative interactions between international and European Law.

1. Pluralisme juridique mondial - Dans le contexte de fort pluralisme juridique mondial dans lequel nous vivons, les interactions normatives se jouent à de multiples niveaux : local, national, international et régional notamment. Ce travail collectif propose de resserrer le cadre d'étude en considérant le phénomène d'internormativité pour les seuls rapports entretenus par le droit international - considéré de manière générale dans sa dimension de droit public

(*) Jean-Sylvestre Bergé est professeur de droit privé à l'Université de Paris Ouest –Nanterre la Défense, Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC), membre du Réseau universitaire européen « Droit de l'espace de liberté sécurité et justice » (GDR CNRS n° 4352). Courriel : jsberge@gmail.com. A la rentrée 2011, il exercera ses fonctions à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, Equipe de droit international européen et comparé (EDIEC). Le style oral de cette communication, mise en forme début mai 2011, a été conservé.

comme de droit privé - et un

discussion. La question posée est en substance la suivante : existe-t-il réellement un nouveau niveau normatif – européen – et comment ce niveau interagit avec le droit international ?

3. Par le haut et par le bas - Pour répondre à ces questions, il y a deux grandes manières de faire. Une première manière consiste à appréhender le phénomène par le haut, d'un point de vue essentiellement normatif, en se plaçant au stade de la production de la norme où deux espaces – européen et international – entrent en concurrence. C'est à ce titre qu'est notamment discutée, l'existence d'un système juridique européen, autonome par rapport au droit international⁶.

Une seconde manière de procéder a pour point de départ l'application du droit international et européen. Le phénomène est étudié par le bas, au stade, souvent délaissé, de la mise en œuvre du droit international et européen. C'est cette approche que nous avons retenue pour cette contribution.

4. Application du droit international et européen et applicabilité - L'application du droit international et européen est tributaire de différentes règles. Une première catégorie réunit des critères d'applicabilité du droit international et européen. De quoi s'agit-il ? Le droit définit le cas échéant la propension de ses règles ou décisions à s'appliquer matériellement (par exemple : la règle de droit international ou/et européen régit le transport de marchandises), spatialement (par exemple : la règle de droit international ou/et européen s'applique au transport entre un Etat de l'UE et un Etat tiers) et temporellement (par exemple : la règle de droit international ou/et européen s'applique au contrat de transport conclu postérieurement à son entrée en vigueur).

Des interactions entre le droit international et européen peuvent résulter de la coexistence de règles d'applicabilité distinctes et multiples définies par les différents systèmes juridiques et les différentes normes de droit international et européen.

5. Application du droit international et européen et invocabilité - Si l'étude de l'applicabilité du droit international et européen est nécessaire à la compréhension des interactions normatives, elle n'est néanmoins pas suffisante. En effet, dans le jeu des interactions qui se nouent entre le droit international et le droit européen, la question de l'applicabilité peut être

de l'Institut Michel Villey, éd. Dalloz 2010, p. 255.

⁶ Voir notamment sur ce thème, le débat qui a eu lieu il y a quelques années entre Pellet A. (« Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire » : *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1997, vol. V, Book 2, p. 193) et Simon D. (« Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in Gautron L. et Gard L. (ss la dir.), *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, préc., p. 207).

fortement perturbée par une autre question : celle de l'invocabilité du droit international et européen.

Cette expression désigne de manière générale l'aptitude d'un sujet de droit à invoquer le bénéfice d'un droit de manière à l'opposer à autrui. Elle a fréquemment pour théâtre un procès. Or l'invocabilité n'obéit pas toujours aux mêmes solutions selon le juge (notamment international ou européen) saisi et le droit (notamment international ou européen) invoqué.

Des interactions normatives peuvent donc résulter du jeu croisé des règles d'applicabilité (I) et d'invocabilité (II).

I – Interactions normatives et applicabilité du droit international et européen

6. De l'applicabilité en général - L'applicabilité désigne l'aptitude d'une règle de droit ou d'une décision à s'appliquer dans l'espace, matériellement et dans le temps. Cette applicabilité peut elle-même faire l'objet de règles. On parle alors de « règles d'applicabilité »⁷. Ces règles existent potentiellement à tous les niveaux. Nous nous intéresserons en particulier ici aux règles définies dans le contexte international et européen.

Les méthodes et solutions juridiques élaborées au niveau international et européen ont parfois un domaine désigné d'applicabilité dans l'espace. Ce domaine permet de localiser géographiquement les situations qui leur sont soumises. Les règles d'applicabilité spatiale peuvent être de droit international⁸ comme de droit européen⁹. Elles peuvent avoir une forte dimension institutionnelle¹⁰. Leur domaine peut être extrêmement vaste ou au contraire

⁷ Pour une théorisation de la notion, spécialement à propos de la délimitation dans l'espace du champ d'application des règles de droit privé, voir Fallon M., Les règles d'applicabilité en droit international privé, in Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, éd. Memesis, Bruxelles 1986, p. 285.

⁸ Par exemple : les dispositions contenues dans la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises qui prévoit notamment de s'appliquer aux contrats conclus entre des parties établies dans des Etats signataires différents, art. 1.1.a.

⁹ Par exemple, le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dont les règles de compétence directe ne s'appliquent, en principe, que si le défendeur est domicilié dans un Etat membre (art. 2.1)

¹⁰ Le domaine spatial des règles internationales ou européennes définies pour le fonctionnement d'institutions administratives ou juridictionnelles est normalement fonction du système juridique qui les porte. Une autorité internationale ou européenne est naturellement soumise aux règles de fonctionnement de l'organisation qui l'a instituée. Leurs activités sont régies par les règles de droit primaire et dérivé qui forment le système juridique qui les a fait naître. Dans ces différentes hypothèses, c'est le droit du siège de l'institution qui s'applique naturellement sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire de le préciser toujours explicitement. Pour une juridiction internationale telle que la Cour internationale de justice ou la Cour pénale internationale par exemple, c'est le traité qui les a instituées qui définit les règles de fonctionnement applicable (Charte des Nations Unies et Statut de Rome). Pour une juridiction européenne, telle que la Cour de justice de l'UE e, il faut également se référer aux textes en vigueur dans le système juridique européen considéré (UE).

limité¹¹.

Les règles d'applicabilité matérielle servent, quant à elles, à définir le domaine matériel d'une règle de droit. Elles permettent au juriste de faire un travail de qualification juridique. Ces qualifications existent notamment au niveau international et européen¹². La comparaison des différentes qualifications juridiques élaborées à ces deux niveaux est source de différents enseignements. Le juriste peut se trouver en présence d'une qualification universellement admise à tous les niveaux du droit ou, au contraire, d'une qualification particulariste qui varie selon le niveau considéré¹³. Il peut, par ailleurs, observer que la qualification qu'il utilise existe à son niveau de manière autonome ou, à l'opposé, qu'elle est empruntée à un autre niveau que le sien¹⁴.

¹¹ Parfois on désigne les premières par l'expression « applicabilité universelle », alors que les secondes présentent un caractère « d'applicabilité autolimitée ». Ces deux expressions sont néanmoins trompeuses. Il est rare en effet qu'une règle soit véritablement d'applicabilité universelle et il existe des procédés indirects de définition du champ d'applicabilité dans l'espace qui ne procèdent pas par autolimitation de la règle. Voir, par exemple, le domaine d'application spatial de la Convention de New York de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants – ONU. Voir également les discussions sur l'applicabilité spatiale universelle ou, au contraire, autolimitée des droits de l'homme (par exemple : pour une discussion sur ce thème, voir, avec les nombreuses références citées, L. Gannagé, L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, Travaux du CFDIP, année 2006-2008, Pedone 2009, 205).

¹² La distinction entre la vente et la prestation de services pose un problème connu de qualification juridique. Le régime du contrat de vente et du contrat de louage d'ouvrage n'obéissant pas nécessairement aux mêmes règles juridiques (par exemple, en matière de détermination du prix ou du tribunal normalement compétent), il importe déterminer pour chaque situation, la figure contractuelle qui lui correspond. La clé de distinction entre les deux contrats peut varier d'un niveau à l'autre selon la source juridique considérée. En droit européen, la distinction est utilisée dans des instruments de droit dérivé (par exemple, Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 5.1.b). En droit international, un instrument spécifiquement dédié à la vente internationale de marchandises, par exemple, s'efforce de faire la distinction entre la vente et les contrats complexes, mêlant fourniture de biens et de services (Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises – ONU - CNUDCI, art. 3).

¹³ La définition de l'enfant présente un caractère universel. C'est ainsi qu'il faut lire, par exemple, la Charte de l'Union européenne qui, bien que ne définissant pas le terme, renvoie implicitement à la définition donnée par la Convention de New York (voir en ce sens, les explications relatives à la Charte établies par le *Praesidium* de la Convention européenne, JOUE C303 du 14 déc. 2007). Mais à y regarder de plus près, on observe que cette définition souffre également de particularisme. La Convention de New York réserve, en effet, l'hypothèse où la majorité est atteinte avant 18 ans en vertu de la législation qui lui est applicable. Cette solution laisse place à deux types de variable. La première vise le cas où une réglementation fixe le seuil d'une majorité civile, pénale ou sexuelle, par exemple, à un niveau inférieur à l'âge de 18 ans. La seconde concerne les causes d'émancipation des mineurs. Dans les deux cas, les solutions sont plus hétérogènes qu'il n'y paraît au premier abord.

¹⁴ La distinction entre le contrat de vente et le contrat de services est un bon exemple de qualification tantôt autonome, tantôt dépendante. Par qualification autonome, il faut considérer l'hypothèse où le juriste situé à un niveau (international ou européen) est en mesure de trouver la qualification qu'il recherche à son niveau. Par qualification dépendante, il faut envisager le cas différent où le juriste situé à un niveau est contraint de rechercher la qualification en cause à un autre niveau que le sien. Par exemple, si le juriste de droit européen veut mettre en œuvre la distinction entre le contrat de vente et de louage d'ouvrage utilisée par le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (préc.), il est contraint, en l'état de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, d'avoir recours à des qualifications nationales, dès lors que les notions

Enfin, les règles d'applicabilité temporelle s'attachent à aménager des solutions sur l'entrée en vigueur d'une nouvelle règle ou, éventuellement, d'une décision. Elles s'efforcent parfois de régler des questions délicates de droit transitoire (relation entre l'entrée en vigueur de la règle ou décision nouvelle et l'application des règles ou décisions anciennes). Elles sont notamment présentes en droit international et européen¹⁵.

7. Interactions entre les règles d'applicabilité - De manière générale, on observe que les règles d'applicabilité sont définies de façon unilatérale, c'est-à-dire système par système, voire norme par norme. Même si les systèmes de droit international ou européen s'efforcent de définir de solutions générales qui ont cette vertu de s'appliquer au système et à ses normes dans leur ensemble, il n'est pas rare que la norme elle-même déroge à ces solutions générales pour imposer des solutions particulières. Il en résulte un foisonnement des règles d'applicabilité produites à tous les niveaux, notamment international et européen.

Cette unilatéralité des règles d'applicabilité révèle une absence de coordination générale des solutions. Pour savoir si une règle ou une décision a une propension à s'appliquer, il existe très souvent plusieurs critères d'applicabilité possibles selon le niveau d'application du droit auquel le juriste se place. Deux sources de critères entrent, en effet, notamment en conflit : les critères attachés à norme de droit international ou européen elle-même et les critères mis en œuvre par le niveau d'application de la norme de droit international et européen. Or ce niveau d'application peut notamment être international ou européen¹⁶. L'applicabilité spatiale, matérielle ou temporelle d'une norme de droit international ou européen peut ainsi être affectée par le jeu des règles d'applicabilité définies par le droit du juge international ou européen amené à les appliquer.

8. Applicabilité du droit international en droit européen et du droit européen en droit international - Ces interactions entre les différents niveaux d'application du droit ne se présentent pas néanmoins sous le même jour. On peut constater, en effet, un important déséquilibre entre deux grands types d'applicabilité : l'applicabilité des normes internationales au niveau européen et l'applicabilité des normes européennes au niveau

de contrat de vente et de services n'ont pas été à ce jour uniformisées au niveau européen dans le contexte spécifique de cet instrument de droit international privé.

¹⁵ Par exemple, l'affirmation d'un principe général de non-rétroactivité de la loi est présente dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (art. 28). Elle est également inscrite, s'agissant de la loi pénale plus stricte, dans les textes européens (art. 7 CESDHLF et art. 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE).

¹⁶ L'application peut également se faire au niveau national. C'est ici qu'elle s'opère le plus souvent. Mais nous l'écartons de notre champ d'étude exclusivement dédié, nous l'avons dit en commençant, aux rapports entre le niveau international et européen.

international. L'étude du droit positif montre, en effet, que si la première hypothèse est fréquente, la seconde est marginale.

L'applicabilité du droit international au niveau européen ne cesse de croître. Quelques chiffres permettent de s'en convaincre. En se limitant aux seuls accords internationaux liant l'Union européenne¹⁷, les données statistiques révèlent que : si de 1950 à 1974, 18 accords seulement ont été conclus, 450 ont été adoptés entre 1975 et 1999 et plus de 700 ont trouvé une place dans l'ordre juridique européen entre 2000 et 2010¹⁸. On assiste à une véritable explosion du nombre des instruments internationaux liant l'Union européenne ce qui conduit à une application de plus en plus fréquente de ces instruments par les différentes institutions européennes (notamment : commission, conseil des ministres, conseil européen, parlement européen et cour de justice), chacune selon leurs attributions respectives. Ce phénomène n'est pas sans conséquences sur l'évolution même du droit international dans le contexte européen. La question est, en effet, ouvertement posée de l'existence d'une approche européenne du droit international¹⁹.

En revanche, les cas où l'applicabilité du droit européen est discutée dans le contexte international demeurent exceptionnels. Il y a deux grandes raisons à cela. La première tient au caractère régional du droit européen qui est souvent jugé incompatible avec la conduite d'une justice de droit international. La seconde est liée au caractère exclusif de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne qui n'admet pas que les Etats puissent s'en remettre à une autre institution internationale pour régler leurs différends dans des matières entrant dans le domaine d'application du droit de l'Union européenne²⁰. Mais les choses sont amenées à évoluer. La Cour internationale de justice a récemment accepté de faire référence pour la première fois au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ((CESDHLF)²¹. Ce droit n'a pas été à proprement parler appliqué par la Cour internationale de justice. Il y a simplement été fait référence. Mais c'est un début

¹⁷ C'est-à-dire en laissant donc de côté le droit coutumier international qui est pourtant assez présent dans la jurisprudence de la juridiction européenne. Voir, par exemple, TPI, 27 janv. 1997, Opel Austria, aff. T-115/94 ; CJCE, 16 juin 1998, Racke, aff. C-162/96 ; CJUE, 25 février 2010, C-386/08, Brita.

¹⁸ Source : <http://europa.eu.int> ; rubrique « Relations extérieures ».

¹⁹ Voir notamment sur ce thème, outre les contributions proposées dans cet ouvrage : J. Wouters, A. Nollkaemper, E. de Wet (ed.), *The Europeanisation of International Law*, préc. ; J.-M. Thouvenin et Ch. Tomuschat (dir.), *Droit international et diversité des cultures juridiques*, préc., spéc. la Partie 3.

²⁰ Voir notamment : CJCE, 30 mai 2006, Commission c/ Irlande (« mox »), aff. C-459/03, à propos de la saisine du Tribunal international du droit de la mer.

²¹ CIJ, 30 novembre 2010, Affaire Ahmadou Sadio Diallo - Guinée c. République démocratique du Congo.

intéressant. Par ailleurs, il arrive que des juridictions internationales fassent application du droit de l'Union européenne dans le cadre d'arbitrages mettant en scène un ou plusieurs Etats²². On songe à une affaire opposant la Belgique aux Pays-Bas, où la Cour permanente d'arbitrage s'est interrogée sur l'applicabilité du droit de l'Union européenne pour décider de sa propre compétence²³. On pense également à un arbitrage CIRDI où les juges ont fait application d'une directive de l'UE²⁴.

9. Perturbation du jeu des règles d'applicabilité internationales par le droit européen - Ces différences de réalité permettent de considérer que si interaction il y a sur le terrain des règles d'applicabilité, ces dernières proviennent, le plus souvent, des règles d'applicabilité européennes qui viennent perturber le jeu éventuel des règles d'applicabilité internationales chaque fois qu'une norme de droit international est appliquée au niveau européen. Le phénomène est particulièrement visible en matière d'applicabilité matérielle et spatiale. On en donnera deux grandes séries d'exemples.

Une première série d'illustrations porte sur l'interprétation autonome des sources du droit européen, y compris dans l'hypothèse où leur formulation est identique à celle retenue par des

source de droit dérivé dont l'interprétation pourra être plus facilement maîtrisée.

Une seconde série d'exemples vise la manière dont l'Union européenne milite en faveur de l'insertion de clauses de déconnexion dans des conventions internationales à l'élaboration desquelles elle a pourtant participé. Selon ces clauses, la convention internationale n'est pas applicable dans les rapports internes à l'Union chaque fois qu'il existe – ou qu'il est susceptible d'exister – une réglementation européenne en ce domaine. Les exemples sont connus en matière de radiodiffusion (Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière de 1989), de faillite internationale (Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe de 1990), de protection des biens culturels (Convention d'Unidroit de 1995) et d'élection de for (Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005) notamment.

10. Autonomisation du droit européen par rapport au droit international - La définition autonome par le droit de l'Union européenne de critères d'applicabilité permet, dans une certaine mesure, au droit de l'Union européenne de ne pas dépendre des solutions existant à d'autres niveaux, notamment au niveau international. C'est un outil, comme un autre, d'autonomisation du droit européen qui a cette particularité d'être mis en œuvre au stade de l'application du droit international et européen.

Mais l'applicabilité n'est pas le seul terrain sur lequel on observe des interférences entre le droit européen et le droit international. Une autre notion entre en jeu : l'invocabilité.

II – Interactions normatives et invocabilité du droit international et européen

11. De l'invocabilité du droit international en droit européen - Le droit international est très fréquemment invoqué dans le contexte du droit européen. Les règles en matière d'invocabilité des conventions internationales au sein du système juridique de l'Union européenne ont été pour l'essentiel dégagées par la jurisprudence de la Cour de justice²⁷. Cette invocabilité est potentiellement le fait de tous les acteurs : sujets de droit interne, sujet du droit international ou sujet du droit européen. Elle concerne toutes les sources du droit international : droit coutumier, traités, droit dérivé. Elle est très fréquente dans le domaine des droits fondamentaux où les instruments internationaux de protection des droits de l'homme sont

²⁷ Voir, toujours cité : CJCE, 12 déc. 1972, *International Fruit Company*, aff. 21 à 24/72. Voir également, recourant à un principe d'interprétation conforme chaque fois que l'instrument international n'est pas d'effet direct : CJCE, 16 juin 2003, *Cipra*, aff. C-439/01.

invoqués très régulièrement au soutien de l'élaboration des solutions de droit européen (Union européenne ou Conseil de l'Europe) : Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies de 1948, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et Pacte international des droits civils et politiques adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1966²⁸, etc. Mais cette invocabilité se veut parfois moins consensuelle. Elle peut être le théâtre de véritables oppositions entre le droit international et le droit européen. C'est le cas emblématique de l'invocabilité devant les autorités de l'Union européenne des accords ou décisions intervenus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'organe de règlement des différends (ORD)²⁹. Cette attitude peut se comprendre et elle est, à vrai dire, de bonne guerre, dans la mesure où elle est pratiquée par de nombreux partenaires commerciaux de l'Europe. Il n'empêche que le traitement différencié de la norme internationale est patent : l'Union européenne entend favoriser la résolution des litiges avec les États tiers par l'organe de règlement des différends de l'OMC mais elle se protège, à l'intérieur, de l'influence que pourraient exercer les règles du commerce mondial en restreignant considérablement la possibilité de les invoquer devant les instances européennes.

12. De l'invocabilité du droit européen en droit international - Le cas opposé où le droit européen est invoqué dans un contexte de droit international est envisageable. Certes, le droit européen n'a qu'une dimension régionale. Il est, par ailleurs, l'expression d'un droit occidental. Pour ces deux raisons, il ne saurait faire jeu égal avec le droit international général, notamment devant les juridictions internationales telles que la Cour internationale de justice. Mais son invocabilité sur la scène internationale n'est pas une hypothèse d'école. Elle peut être constatée chaque fois que le droit européen est confronté aux exigences du droit international. C'est le cas, par exemple, d'une confrontation de la réglementation européenne avec les exigences mondiales du libre-échange devant une instance de l'Organisation mondiale du commerce³⁰.

²⁸ Pour une approche d'ensemble, voir Sudre F., *Le droit international et européen des droits de l'homme*, 9^{ème} éd. PUF, 2008. Voir également sur les phénomènes d'internormativité que l'on peut étudier en ce domaine : Dubout E. et Touzé S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, préc.

²⁹ La Cour de justice refuse en ce domaine de reconnaître un effet direct à des conventions ou décisions internationales liant l'Union européenne. La Cour de justice ne souhaite pas, manifestement, que les règles du commerce mondial interfèrent sur la légalité des textes de droit européen dérivé ou interviennent au soutien d'actions en responsabilité engagées contre l'Union européenne. Voir notamment : CJCE, 10 déc. 2002, BAT, aff. C-491/01 ; à propos du célèbre contentieux de la banane : CJCE, 1^{er} mars 2005, Van Parys, aff. C-377/02 ; CJCE, 9 sept. 2008, FIAMM, C-120 et 121/06.

³⁰ Par exemple, dans le fameux contentieux dit du « bœuf aux hormones », la réglementation européenne a été plusieurs fois invoquée devant les instances de l'Organe de règlement des différends. On sait notamment que

13. *L'hypothèse d'un droit invocable bien que non applicable* - Pour appréhender l'ensemble des interactions normatives qui peuvent être observées au stade de l'application du droit international et européen, il faut essayer d'explicitier les situations sans doute un peu exceptionnelles où un droit issu d'un système juridique peut être invoqué dans un autre système juridique alors qu'il n'y est pas applicable. Cette distorsion entre l'applicabilité de la norme et son invocabilité montre que la circulation juridique d'une norme d'un système à un autre peut être vécue par le juriste comme une contrainte forte qui l'oblige à prendre en compte les effets produits par un droit national, international ou européen étranger qui n'a pourtant aucun titre à s'appliquer dans le système juridique d'accueil³¹.

14. *Détour par le niveau national* - Cette forme tout à fait singulière de circulation juridique existe au niveau national. C'est ainsi que l'on peut lire, par exemple, le mécanisme juridique de la reconnaissance³². La reconnaissance des actes judiciaires ou extrajudiciaires étrangers, de même que la reconnaissance des situations juridiques constituées à l'étranger procèdent d'une dissociation entre le droit applicable et le droit invocable. Si l'on admet son existence, la reconnaissance permet, en effet, d'invoquer dans un Etat B, les effets juridiques d'un acte ou d'une situation quel que soit le droit qui lui a été appliqué dans l'Etat A. Or il se peut que les règles appliquées dans l'Etat A ne soient pas celles qui auraient été appliquées pour les actes ou les situations du même type dans l'Etat B³³. C'est l'intérêt du mécanisme de la

l'Union européenne a adopté une Directive 2003/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 modifiant la directive 96/22/CE du Conseil concernant l'interdiction d'utilisation de certaines substances à effet hormonal ou thyrostatique et des substances β -agonistes dans les spéculations animales, de manière à se conformer à des recommandations et décisions de l'ORD intervenues dans le litige qui l'oppose aux Etats-Unis et au Canada. Pour vérifier que la mesure européenne de droit dérivé est conforme aux exigences de l'OMC et donc de nature à mettre un terme aux contre-mesures mises en œuvre par les opposants à l'Union européenne, il faut qu'elle puisse être invoquée devant les instances de l'ORD. Ce dernier vient récemment de rappeler qu'une procédure spécifique de vérification devait être mise en œuvre devant elle par les parties au conflit (procédure dite de l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends figurant en annexe 2 de l'accord OMC). Voir sur ce sujet et dans cette affaire, les explications de H. Ruiz Fabri et P. Monnier, *Chronique de règlement des différends*, JDI 2009, 921, spéc. p. 924 et s.

³¹ Sur la théorie des contraintes - qui pourrait sans doute être utilement exploitée par la théorie analytique du droit dans le contexte que nous nous efforçons d'explicitier -, voir M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant - LGDJ, 2005.

³² Voir notamment sur ce sujet difficile, les analyses successivement proposées par P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures*, *RabelsZ* 2004, 225 ; P. Mayer, *La méthode de la reconnaissance en droit international privé*, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, 547 ; P. Lagarde, *La reconnaissance mode d'emploi*, *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, éd. Dalloz 2008, 481 ; C. Pamboukis, *La reconnaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*, *RCDIP* 2008, 513 (cette dernière étude proposant la lecture la plus favorable à l'appréhension du phénomène de circulation juridique en tant que tel).

³³ Par exemple, un Etat B accepte de faire produire un effet juridique à une décision de divorce prononcée dans l'Etat A selon la loi d'un pays qui n'aurait pas été appliquée dans l'Etat B. Autre exemple, un Etat B accepte de faire produire un effet juridique à l'acte de création du personne morale enregistré dans un Etat A, alors que les

reconnaissance que de permettre l'invocabilité dans un Etat B, des effets produits par l'application d'un droit dans un Etat A, alors que ce droit n'est pas applicable dans cet Etat B. Cette invocabilité n'est pas le fruit d'une démarche purement volontaire ou fortuite. Elle est rendue possible et obligatoire parce que le droit a posé une règle de reconnaissance selon laquelle une circulation juridique de certains actes et de certaines situations doit s'opérer entre l'Etat A et l'Etat B.

Les discussions autour de l'effet produit par les lois de police étrangères sont un autre exemple. Un arrêt remarqué de la Cour de cassation française a été l'occasion de rouvrir récemment la discussion doctrinale sur la possibilité d'appliquer et d'invoquer devant un juge national une loi de police étrangère³⁴. Dans cette affaire, la question s'est posée de savoir si le juge français devait tenir compte d'un embargo décrété par le Ghana sur la viande bovine d'origine française pour se prononcer sur la validité d'un contrat de transport afférant à des marchandises de ce type. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui a décidé « que l'embargo décrété unilatéralement par l'Etat du Ghana sur la viande bovine d'origine française n'a pas de force obligatoire (...), qu'au regard de la loi applicable la cause des contrats de transport ne remplit aucune des conditions énoncées par l'article 1133 du code civil français et qu'en conséquence c'est à tort que le transporteur maritime soutient qu'en raison de l'embargo, la cause de ces contrats n'est pas licite » aux motifs qu'il appartenait à la Cour de l'appel « de déterminer (...) l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle ». Cette motivation est intéressante, dès lors qu'elle laisse ouverte la discussion sur la manière de « donner effet » à la loi de police étrangère. Ainsi que l'a notamment rappelé un auteur³⁵, cette expression vise potentiellement deux possibilités : celle de « l'application » pure et simple de la loi de police étrangère et celle de la « prise en considération » de cette loi de police lors de l'application de la loi française régissant le contrat de transport. Cette prise en considération de la loi de police étrangère illustre le cas d'une norme qui peut être invoquée dans une relation contractuelle sans pour autant avoir vocation à s'appliquer à cette relation. Cette invocabilité sans applicabilité n'est pas le fruit de l'imagination du juriste. Elle est déduite d'une règle de droit international privé qui conduit le juge à envisager une circulation des lois de police hors de l'ordre juridique national dont elles émanent.

règles de l'Etat B ne permettent pas la création d'une personne morale de ce type.

³⁴ Com., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-21511.

³⁵ Voir, avec les nombreuses références citées, les explications très claires de P. Deumier, La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager, RDC 2010, 1385.

15. *Retour au niveau international et européen* - Mais cette hypothèse d'un droit invocable bien que non applicable nous intéresse surtout au niveau européen et international. Un droit conçu à un niveau international et européen peut utiliser différents vecteurs pour circuler d'un système international ou européen à l'autre. L'invocabilité fait partie de ces vecteurs qui permettent de tenir compte d'un droit qui n'y est pourtant pas applicable.

16. *Un exemple historique d'invocabilité d'une convention européenne non applicable dans le système juridique des Communautés européennes* - Un exemple historique nous renvoie à l'invocabilité de la CESDHLF devant la Cour de justice des Communautés européennes³⁶. Cette jurisprudence illustre une invocabilité croissante de la CESDHLF alors pourtant que cette convention ne deviendra objectivement applicable au sein de l'Union européenne que le jour où cette dernière aura effectivement adhéré à la Convention (cette adhésion a été programmée par le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} déc. 2009, elle fait actuellement l'objet d'une négociation). L'invocabilité a été utilisée comme un outil permettant de faire circuler, à l'intérieur de l'ordre juridique communautaire, une convention européenne qui demeure, pour quelque temps encore, formellement étrangère au système. Or cette circulation est très utile. Elle anticipe un autre processus de circulation : l'impact exercé par les décisions de la Cour de justice sur les ordres juridiques nationaux désireux de soumettre la construction européenne à un impératif de protection des droits fondamentaux.

17. *Des exemples plus récents d'invocabilité de conventions multilatérales ou bilatérales ne liant pas la Communauté européenne ou l'Union européenne* - La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne offre des illustrations plus récentes où des instruments internationaux multilatéraux ou bilatéraux sont invoqués devant elle alors qu'ils ne lient pas, formellement ou matériellement, l'Union européenne ou, avant elle, les Communautés européennes. Un premier exemple concerne le droit des transports. L'arrêt Bogiatzi³⁷ illustre,

³⁶ La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui occupe une place de choix dans l'actuel Traité sur l'Union européenne (article 6 TUE), a pendant longtemps été totalement absente des dispositions des traités relatifs aux différentes Communautés européennes (avant l'Acte unique européen de 1986 (préambule) et surtout, avant le Traité de Maastricht de 1992 (art. 6 TUE)). Cela n'a pas empêché les plaideurs de l'invoquer très tôt devant la Cour de justice, laquelle a considéré, dès 1974, « que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent (...) fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire » (CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73). Cette « prise en compte » de la CESDHLF alors qu'elle ne liait en aucune manière les Communautés européennes s'est progressivement renforcée à partir du moment où tous les États membres ont été liés par cette Convention (CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89). La Convention s'est imposée, au fil des affaires soumises à la Cour, comme une référence essentielle pour le droit des droits de l'homme de l'Union européenne (par exemple, CJCE, 5 oct. 1994, TV10, aff. C-23/93).

³⁷ CJCE, 22 oct. 2009, aff. C-301/08.

en effet, le cas où la Cour de justice considère qu'un règlement communautaire doit être appliqué en tenant compte des prescriptions d'une convention internationale qui ne fait pourtant pas partie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Elle a donc accepté que la convention internationale soit invoquée devant elle en vue de produire des conséquences juridiques alors même que ce texte n'est pas objectivement applicable. Cette distorsion entre la non-applicabilité de la Convention et son invocabilité témoigne de l'existence d'une contrainte que le juge a dû prendre en compte. Cette contrainte peut être libellée dans ce cas de la manière suivante : la convention internationale fait partie du cadre juridique de référence du contrat de transport en cause dans cette affaire, la réglementation européenne ayant pris appui sur ce cadre juridique pour construire ses solutions propres, elle doit être appliquée en tenant compte de la convention internationale. Un deuxième exemple concerne le droit de la protection sociale. Dans un important arrêt *Gottardo*³⁸, la Cour de justice a eu à connaître de la question de savoir si le droit européen, notamment le principe d'égalité³⁹, autorisait une ressortissante française à invoquer le bénéfice d'une convention bilatérale conclue entre la Suisse et l'Italie, permettant aux ressortissants de ces deux pays de cumuler les cotisations versées sur ces deux territoires pour faire valoir leur droit à la retraite. En répondant que « les autorités de sécurité sociale compétentes d'un premier État membre [Italie] sont tenues, conformément aux obligations communautaires leur incombant (...) de prendre en compte, aux fins de l'acquisition du droit à prestations de vieillesse, les périodes d'assurance accomplies dans un pays tiers [Suisse] par un ressortissant d'un second État membre [France] lorsque, en présence des mêmes conditions de cotisation, lesdites autorités compétentes reconnaissent, à la suite d'une convention internationale bilatérale conclue entre le premier État membre et le pays tiers, la prise en compte de telles périodes accomplies par leurs propres ressortissants », la Cour de justice permet que soit invoquée devant elle une convention bilatérale entre un Etat membre et un pays tiers, alors qu'il ne fait aucun doute que cette convention n'est pas applicable dans le système juridique de l'Union européenne. Ce tandem non-applicabilité/invocabilité permet de rendre compte du cadre juridique de référence dans lequel s'insère l'invocabilité.

18. L'invocabilité devant les juridictions internationales d'instruments à caractère régional -

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire « Diallo »⁴¹. On sait que, dans cette affaire, la CIJ s'est référée à un droit régional : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et, dans une moindre mesure, la CESDHLF de 1950 et la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969. L'invocabilité de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 s'explique sans grande difficulté par le fait qu'elle est applicable dans les deux pays parties à la procédure (en l'occurrence, la Guinée et la République Démocratique du Congo). Plus surprenante, en revanche, est la référence faite immédiatement après à la CESDHLF et à la Convention américaine et à la jurisprudence des deux cours régionales : « La Cour note en outre que l'interprétation, par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de l'article premier du protocole n° 7 et de l'article 22, paragraphe 6, respectivement, à la convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la convention américaine relative aux droits de l'homme – dont les dispositions sont proches, en substance, de celles du Pacte et de la Charte africaine que la Cour applique en la présente espèce – est en cohérence avec ce qui a été dit, au paragraphe 65 ci-dessus, à propos de ces dernières dispositions. » (§ 68). Cette double référence s'analyse d'abord comme une opération de simple comparaison. Mais on peut néanmoins se demander, si derrière cette comparaison, la CIJ ne souhaite pas encourager l'invocabilité de normes régionales dans les différends de cette nature alors qu'elles n'ont pas toujours vocation à s'y appliquer. Il y aurait deux raisons à cela : la forte circulation qui existe entre les jurisprudences des cours régionales statuant dans le domaine des droits de l'homme et la volonté de la juridiction internationale de contrôler le phénomène de manière à ce qu'il ne lui échappe pas durablement.

19. Le tandem applicabilité – invocabilité - Ces différents exemples montrent combien il est important de maîtriser le jeu des règles d'invocabilité dans leur articulation avec les règles d'applicabilité et dans les choix qu'elles impliquent pour le juriste de droit international et européen. Des interactions normatives entre le droit européen et le droit international

ses Etats membres dans l'hypothèse où ces derniers auraient tous adhéré aux instruments en cause. Nombreux sont les arrêts de la Cour de justice qui illustrent cette aptitude du droit européen à prendre en compte des instruments internationaux qui font partie du cadre juridique de référence de la matière (pour une démonstration en ce sens, voir . V. K. Ben Dahmen Ben Tanfous, *Le statut des accords internationaux conclus par les États membres en matière de protection de la propriété industrielle dans l'ordre juridique communautaire : Thèse de l'Université de Carthage*, 7 nov., Tunis, juin 2010, 781 p.)

⁴¹ CIJ, 30 novembre 2010, préc.

s'exercent au travers du tandem applicabilité – invocabilité.

Il semblerait que le droit européen, comme, avant lui, le droit national, l'ait compris plus vite que le droit international. La définition autonome par le droit de l'Union européenne de critères d'applicabilité et d'invocabilité des normes internationales permet, dans une certaine mesure, au droit européen de ne pas dépendre des solutions existant à d'autres niveaux. Le tandem applicabilité - invocabilité est utilisé comme un outil essentiel de construction de l'autonomie du droit européen dans ses rapports au droit international.

Le temps est peut-être venu où le droit international entend lui aussi se saisir de l'ensemble des potentialités ainsi offertes par ces deux mécanismes d'application de la règle de droit. Si tel est bien le cas, l'explicitation des interactions normatives en termes de circulation juridique entre les différents niveaux d'application du droit mérite d'être poursuivie.
