

§6. Le droit international, (res)source du droit de l'Union européenne

Antoine BAILLEUX

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

Nombreuses sont les études consacrées à la place du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne¹. Nourries d'une volumineuse jurisprudence, ces analyses s'accordent généralement pour reconnaître au droit international public le statut de source du droit de l'Union.

Il n'y a pas à s'en étonner. Le socle de l'ordre juridique européen lui-même se compose de traités internationaux dont la validité et l'interprétation sont régies par la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités². Organisation internationale arc-boutée sur le consentement d'États souverains, l'Union européenne baigne

¹ Parmi la littérature récente, on mentionnera notamment E. Cannizzaro e.a. (eds), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhof, Leiden, 2012; K. LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », *Rev. fac. dr. de l'université de Liège*, 2010, n° 4, p. 505-519; L. GRARD, « L'invocabilité communautaire du droit international », in C. BOUTAYEB e.a., *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pédone, 2010; J. WOUTERS, A. NOLKAEPPER, E. DE WET, *The Europeanisation of International Law*, T.M.C. Asser, La Haye, 2008.

² A titre d'exemple, cf. CJUE, arrêt du 15 juillet 2010 (*Alexander Hengartner*), C-70/09, *Rec.*, p. I-7233, pt 36.

tout entière dans le droit international public, qui en constitue à la fois la condition de possibilité et la limite³. En ce sens, il n'est sans doute pas excessif de voir dans les fondements de ce dernier – et singulièrement dans certaines dispositions de la convention de Vienne précitée – ce que Hart aurait désigné comme étant la règle de reconnaissance du droit de l'Union.

Mais le droit international ne fournit pas seulement le *cadre* dans lequel le droit européen est amené à se déployer. Il en alimente également le *contenu*. Doctrine et jurisprudence sont unanimes pour reconnaître à la coutume internationale et aux traités conclus par l'Union européenne – et par ses États membres au sein de cette dernière – le statut de sources formelles du droit de l'Union. Loin d'être ancillaires ou subalternes, ces sources sont le siège de normes de référence au regard desquelles la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la validité des actes unilatéraux de droit dérivé.

Classiques et bien connus, ces enseignements sont quelque peu détaillés dans le premier point de la présente contribution. Nécessaires pour cerner les interactions entre droits international et européen, ces premières conclusions restent néanmoins prisonnières d'une approche trop formaliste du droit et de ses sources, incapable de rendre compte des non-dits, des hésitations et des coups de force qui émaillent la jurisprudence de Luxembourg sur cette question. Elles demandent donc à être dépassées et complétées par une approche plus contextuelle et critique, laquelle fait l'objet du second chapitre de cet article.

Armés de la théorie des trois cercles de la validité de François Ost et Michel van de Kerchove⁴, il s'agira de lever les yeux du curseur de la légalité formelle pour se demander dans quelle mesure des

³ En ce sens, cf. p. ex. C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, p. 61-72, spéc. p. 64.

⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 307-383. La pertinence de cette théorie pour une théorie des sources revisitée est démontrée par I. HACHEZ dans son article « Balises conceptuelles autour des notions de "sources du droit", "force normative" et "soft law" » (*R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 1-64) et dans l'une de ses contributions au présent volume (« La force normative : fécondité et limites d'un concept émergent »).

considérations liées à l'effectivité et à la légitimité de la norme de droit international sont susceptibles d'influencer la place occupée par celle-ci dans l'ordre juridique de l'Union. On constatera à cette occasion que derrière une unité de façade, les normes de droit international se déploient sur toute la gamme de l'intensité normative⁵ et que, loin de constituer une source paisible alimentant continuellement l'océan du droit européen, elles s'apparentent bien plutôt à des ressources, filtrées avec parcimonie par les juges de Luxembourg.

I. Le droit international, socle et source du droit de l'Union

Le droit international constitue à n'en pas douter la source ultime du droit européen dès lors qu'il en détermine les conditions de validité (A). Par ailleurs, les traités conclus par les institutions de l'Union européenne et les normes coutumières de droit international font office de sources formelles du droit de l'Union (B).

A. Le droit international, règle de reconnaissance du droit de l'Union

Hart définit la règle de reconnaissance comme celle qui « détermine[er] un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe [...] »⁶.

⁵ C'est à dessein que l'on a choisi de privilégier cette expression à celle de « force normative » dans la mesure où notre étude ne rend pas justice à la sophistication de cette seconde expression telle que théorisée par C. Thibierge (C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de "force normative" », in C. THIBIERGE et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2009, p. 813-846). Il nous semble cependant que l'intensité normative se rapproche fortement de la notion de « garantie normative », que C. Thibierge identifie comme étant l'un des pôles de la force normative.

⁶ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, 2^e édition augmentée, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, p. 114.

Ainsi, « [l]ire qu'une règle donnée est valide, c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance⁷. » La règle de reconnaissance se voit reconnaître une double caractéristique. D'une part, elle est ultime dans la mesure où elle se trouve au sommet de la cascade de conditions de validité des normes composant l'ordre juridique en cause. D'autre part, elle fournit le critère de validité juridique suprême, lequel prime sur les autres critères en cas de conflit⁸.

Si l'on accepte de prendre au sérieux cette idée de règle de reconnaissance – en dépit de ses incontestables limites⁹ –, il semble difficile de nier que le critère ultime de la validité du droit de l'Union réside dans l'accord des volontés souveraines des États membres. C'est en effet ce concours des volontés qui conditionne la validité des traités constitutifs de l'Union européenne, lesquels fournissent à leur tour les conditions de validité des actes de droit dérivé.

Certes, l'article 48 du traité sur l'Union européenne (ci-après, le TUE) prévoit des procédures de révision bien précises « détruites¹⁰ », qui requièrent la participation des institutions de l'Union et des parlements nationaux et ne se satisfont donc pas du consensualisme consacré en droit international. Il est également vrai que dans son arrêt *Defrenne* de 1976, la Cour de justice a considéré qu'« une modification du traité [CEE] ne peut résulter – sans préjudice de dispositions spécifiques – que d'une révision opérée en conformité de l'article 236 [l'ancêtre de l'article 48 du TUE]¹¹ ». En application de ce point de vue, elle a pu ainsi considérer que l'article 308 CE (aujourd'hui, article 352 TFUE)¹², une résolution

7 H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 122.

8 *Ibidem*, p. 125-126.

9 Sur ce point, cf. P. GÉRARD, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 65-83.

10 Il ressort de l'article 1^{er}, al. 3, du TUE que « les traités » auxquels se réfère l'article 48 du TUE sont le TUE lui-même et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

11 CJUE, arrêt du 8 avril 1976 (*Gabrielle Defrenne*), 43/75, *Rec.*, p. 455, pt 58.

12 CJUE, avis du 28 mars 1996, 2/94, *Rec.*, p. I-1759, pt 30.

commune¹³, ou un accord conclu avec des États tiers¹⁴ ou entre États membres¹⁵ ne pouvait servir de base à une modification des traités. On ajoutera qu'une partie sans doute majoritaire de la doctrine s'accorde à considérer que le TUE et le traité sur le fonctionnement de l'Union européennes (ci-après, le TFUE) ne peuvent être valablement modifiés en méconnaissance des procédures prévues à l'article 48 TUE¹⁶.

Ces considérations n'enlèvent cependant rien au fait que ces procédures de révision dérogeraient au droit commun des traités internationaux trouvent elles-mêmes leur source dans des traités originaires librement conclus par les États. On ajoutera que l'article 39 de la convention de Vienne prévoit explicitement la possibilité pour des États de déterminer les conditions de révision des traités qu'ils concluent, que ce soit dans le sens d'un durcissement ou d'un assouplissement de la procédure par défaut prévue aux articles 39 à 41 de la convention de Vienne¹⁷. Enfin, sans même revenir sur les modifications « sauvages » – entendez : intervenues en dehors des conditions prévues par le traité – du traité CECA par les traités des 27 octobre 1956 et 25 mars 1957, on notera que la construction européenne continue d'avancer le long de voies strictement intergouvernementales avec la signature, en février et mars 2012, du traité instituant le mécanisme européen de stabilité et du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union

¹³ CJUE, arrêt du 3 février 1976 (*Manghera*), 59/75, *Rec.*, p. 91, pts 19-21 ; CJUE, arrêt du 8 avril 1976 (*Gabrielle Defrenne*), *op. cit.*, pts 57-58.

¹⁴ CJUE, arrêt du 31 mars 1971 (*Commission c. Conseil*), 22/70, *Rec.*, p. 263, pts 17 et 22.

¹⁵ Trib. UE, arrêt du 10 juillet 1991 (*Radio Telefís*), T-69/89, *Rec.*, p. II-485, pts 102-103.

¹⁶ Cf., p. ex., G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 185, n° 223 ; R. BIBER, « Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne », *R.M.C.*, 1993, p. 343-350, spéc. p. 346 ; B. DE WITTE, « Using International Law for the European Union's Domestic Affairs », in E. Cannizzaro e.a. (eds), *op. cit.*, p. 137 ; *Contra* : T. HARTLEY, « The Constitutional Foundations of the European Union », *The Quarterly Law Review*, 2001, p. 236-237.

¹⁷ Cf. B. DE WITTE, « Using International Law for the European Union's Domestic Affairs », *op. cit.*, p. 135-136.

économique et monétaire. Négociés et conclus selon les canons classiques du droit international, ces traités soulignent l'inévitable enracinement de l'Union européenne dans le terreau du *ius gentium*.

B. Le droit international, source formelle du droit de l'Union

Socle et règle ultime de reconnaissance du droit de l'Union européenne, le droit international public est également une source formelle de l'ordre juridique de l'Union. Nous verrons ainsi que tant la catégorie des traités (1) que celle de la coutume internationale (2) occupent une place importante dans la hiérarchie des normes du droit européen.

1. Le droit conventionnel

L'analyse de la place des conventions internationales dans le système juridique européen exige d'opérer une distinction entre les conventions conclues par l'Union (a) et les conventions conclues par les États membres (b).

a) Les conventions conclues par l'Union

I. Des normes à caractère obligatoire

L'article 216 du TFUE¹⁸ donne compétence à l'Union pour conclure des conventions avec des États tiers ou avec des organisations internationales. Le second paragraphe de ce même article prévoit que les accords ainsi conclus « lient les institutions de l'Union et les États membres ». Il en résulte que la réception de telles conventions dans l'ordre juridique interne de l'Union n'est subordonnée à aucune mesure de transposition. A l'instar de la

¹⁸ Auquel on ajoutera l'article 37 du TUE pour ce qui concerne la PESC.

majorité de ses États membres, l'Union a ainsi choisi d'embrasser – jusqu'à un certain point, on le verra – la logique moniste¹⁹.

Le même constat prévaut pour les accords mixtes, c'est-à-dire les accords conclus à la fois par l'Union et les États membres. En l'occurrence évidemment, seules les parties de l'accord relevant des compétences de l'Union sont intégrées à l'ordre juridique de celle-ci²⁰. Par conséquent, si un litige naît quant à l'application ou à l'interprétation de ces dispositions, les États membres de l'Union sont tenus de le soumettre à la Cour de justice en vertu de l'article 344 du TFUE²¹.

II. Des normes de contrôle et des normes contrôlées

Il est généralement admis que les accords conclus par l'Union occupent un rang intermédiaire dans la hiérarchie des normes. D'un côté, ils sont *inférieurs* aux traités constitutifs de l'Union européenne, dès lors que leur validité même découle du respect des règles de procédure prévues par ceux-ci – ils constituent en ce sens des actes

¹⁹ En ce sens, cf. CJUE, arrêt du 30 avril 1974 (*Häegeman c. Conseil*), 181/73, *Rec.*, p. 449, par 5 et 6; CJUE, arrêt du 9 octobre 2009 (*Begleitzi*), C-301/08, *Rec.*, p. I-10185, par 23; « Les dispositions de pareil accord forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique de l'Union ». Sur cette question, cf. K. LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », *Rev. fac. dr. de l'université de Liège*, 2010, n° 4, p. 505-519.

²⁰ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 30 mai 2006 (*Commission c. Irlande (Mox Plant)*), C-459/03, *Rec.*, p. I-4635, par 84; « Les accords mixtes ont le même statut dans l'ordre juridique communautaire que les accords purement communautaires, s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de la Communauté ». Pour une application de ce principe, cf. CJUE, arrêt du 11 septembre 2007 (*Mercé Génétex*), C-431/05, *Rec.*, p. I-7001, par 47; « Dès lors que l'article 33 de l'accord ADPIC relève d'un domaine dans lequel, à ce stade de l'évolution du droit communautaire, les États membres restent principalement compétents, il leur est loisible de reconnaître un effet direct à cette disposition ou non. »

²¹ En ce sens, cf. CJUE, arrêt du 30 mai 2006 (*Commission c. Irlande (Mox Plant)*), précité. En revanche, l'article 344 du TFUE ne semble pas s'appliquer aux litiges entre particuliers relatifs à l'application ou l'interprétation du droit international: CJUE, avis du 8 mars 2011, 1/09, non encore publié au *Recueil*, par 63.

conventionnels de droit dérivé. De l'autre, ils sont *supérieurs* aux actes unilatéraux de droit dérivé – tant antérieurs que postérieurs – dès lors qu'ils lient les institutions.

De ce statut intermédiaire, il découle que ces accords occupent à la fois la position de normes de contrôle (i) et de normes contrôlées (ii). Relevons au passage que les actes unilatéraux émanant des organisations internationales créées par de tels accords jouissent exactement du même statut normatif que ces derniers²².

i. Des normes de contrôle

Il ressort d'une jurisprudence constante que les accords conclus par l'Union peuvent servir de fondement au contrôle de la validité d'un acte de droit dérivé ou de la compatibilité d'une mesure nationale²³.

Il en résulte que les mesures nationales et les actes de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, de manière conforme aux prescrits du droit international conventionnel²⁴.

En revanche, ce n'est qu'exceptionnellement que, dépassant cette obligation d'interprétation conforme, la Cour conclura à l'incompatibilité de l'acte national sur renvoi préjudiciel²⁵, au manquement d'un État²⁶ ou à l'invalidité d'un acte de droit dérivé²⁷ au regard d'un accord international.

²² CJUE, arrêt du 20 septembre 1990 (*Sevince*), C-182/89, *Rec.*, p. I-3461; CJUE, arrêt du 21 janvier 1993 (*Deutsche Shell*), C-188/91, *Rec.*, p. I-563 pt 17.

²³ En, ce qui concerne les actes des institutions, cf. CJUE, arrêt du 12 décembre 1972 (*International Fruit Company*), 21-24/72, *Rec.*, p. 1219, pt 6. En ce qui concerne les mesures nationales, cf. CJUE, arrêt du 26 octobre 1982 (*Kaggrbeg*), 104/81, *Rec.*, p. 3641.

²⁴ CJUE, arrêt du 10 septembre 1996 (*Commission c. Allemagne*), C-61/94, *Rec.* p. I-3989, pt 21.

²⁵ Cf. p. ex. CJUE, arrêt du 12 décembre 1995 (*Chiquita Italia*), C-469/93, *Rec.* p. I-4533.

²⁶ Cf. p. ex. CJUE, arrêt du 25 février 1988 (*Commission c. Grèce*), 194 et 241/85, *Rec.*, p. 1037; CJUE, arrêt du 10 septembre 1996 (*Commission c. Allemagne*), précité; CJUE, arrêt du 7 octobre 2004 (*Commission c. France*), C-293/03, *Rec.*, p. I-9325.

La difficulté tient au fait que la Cour de justice a de longue date considéré que seules les dispositions internationales conventionnelles dotées d'un *effet direct* peuvent servir de fondement à un constat d'illégalité ou d'incompatibilité²⁸.

Dans le cadre de sa jurisprudence contestée relative aux accords du GATT et de l'OMC, la Cour de justice a en effet considéré que des règles internationales dépourvues d'effet direct – telles que, à ses yeux, celles de l'OMC – ne peuvent être invoquées par un particulier ou un État membre à l'appui d'un moyen d'illégalité d'un acte de l'Union ou d'un État membre²⁹. S'agissant de l'OMC, la Cour ne reconnaît que deux exceptions à ce principe. Elle accepte de contrôler la validité d'un acte de droit dérivé à l'aune des règles de l'OMC uniquement (1°) dans l'hypothèse où l'Union a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC³⁰ ou (2°) dans le cas où l'acte de droit dérivé en question renvoie expressément à des dispositions précises des accords de l'OMC³¹.

De manière plus générale, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que la validité d'un acte de droit dérivé ne peut être contrôlée au regard d'une norme de droit international conventionnel que si les conditions suivantes sont remplies :

– la *norme de droit international conventionnel lie l'Union*. Il faut donc que l'Union ait elle-même conclu l'accord en question ou

²⁷ Cf. Trib. UE, arrêt du 22 janvier 1997 (*Opel Austria c. Conseil*), T-115/94, *Rec.*, p. II-39.

²⁸ Cette exigence n'est pas applicable aux recours intentés par la Commission contre un État pour manquement à ses obligations conventionnelles internationales : cf. CJUE, arrêt du 10 septembre 1996 (*Commission c. Allemagne*), précité.

²⁹ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 23 novembre 1999 (*Portugal c. Conseil*), C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, pt 46.

³⁰ Cette exception a été établie dans l'arrêt du 7 mai 1991 (*Nakajima c. Conseil*), C-69/89, *Rec.*, p. I-2069, pts 29-31, et fait depuis lors l'objet d'une jurisprudence constante.

³¹ Cette exception a été établie dans l'arrêt du 22 juin 1989 (*Féditrol c. Commission*), 70/87, *Rec.*, p. 1781, pt 19, et fait depuis lors l'objet d'une jurisprudence constante. Pour une réaffirmation récente de cette double exception, cf. CJUE, arrêt du 9 septembre 2008 (*FIAMM c. Conseil*), C-120 et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, pt 112, et jurisprudence citée.

que, s'agissant d'un accord auquel elle n'est pas partie mais que tous les États membres ont ratifié, l'Union exerce désormais l'intégralité des compétences précédemment exercées par les États membres et relevant de la convention en cause³² ;

— *la nature et l'économie du traité international dont est issue la norme en question ne s'opposent pas à un tel contrôle*. Tel n'est pas le cas d'un accord aux termes duquel les parties « peuvent s'acquitter de leurs obligations selon les modalités et la célérité dont elles conviennent³³ » ;

— *la norme de droit international invoquée apparaît, du point de vue de son contenu, inconditionnelle et suffisamment précise*. Cette « condition est remplie lorsque la disposition invoquée comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur³⁴ ».

Nous reviendrons plus loin sur le flou qui entoure l'application par les juges de Luxembourg, des deuxième et troisième conditions.

Notons cependant d'ores et déjà qu'il n'est pas certain que cette triple exigence s'applique avec la même rigueur lorsque la règle de droit international est invoquée non pas par un particulier mais par un État membre ou une institution de l'Union dans le cadre d'un recours direct³⁵. Des voix se sont élevées pour affirmer que s'il est concevable que l'exigence d'effet direct que traduisent les deuxième

³² CJUE, arrêt du 21 décembre 2011 (*AITA e.a.*), C-366/10, non encore publié au *Recueil*, pt 63 ; CJUE, arrêt du 3 juin 2008 (*Intertanko*), C-308/06, *Rec.*, p. I-4057, pt 49 ; CJUE, arrêt du 22 octobre 2009 (*Begiatzi*), précité, pt 33. Sur cette question, cf. *infra*.

³³ CJUE, arrêt du 21 décembre 2011 (*AITA e.a.*), précité, pt 76, à propos du Protocole de Kyoto.

³⁴ *Ibidem*, pts 52 à 55.

³⁵ On ne trouve ainsi pas de trace de la troisième condition dans l'arrêt C-149/96 *Portugal c. Conseil* précité. En revanche, les deuxième et troisième conditions semblent examinées ensemble dans l'arrêt du 5 octobre 1994 (*Allemagne c. Conseil*), C-280/93, *Rec.*, p. I-5039, pts 105 et 110. Enfin, dans ses arrêts *Intertanko* (C-308/06, pt 43) et *IATA* (C-366/10, pt 51), la Cour paraît limiter l'application de ce triple test aux seules hypothèses de renvois préjudiciels (« lorsque cette invalidité est invoquée devant une juridiction nationale [...] »).

et troisième conditions susmentionnées serve de filtre à l'invocabilité de conventions internationales par des particuliers, elle se justifie plus difficilement dans le cadre de recours en annulation intentés par un État ou une institution de l'Union³⁶. La jurisprudence de la Cour de justice trahit sur ce point quelques hésitations.

ii. Des normes contrôlées

Les accords internationaux constituent des actes des institutions et sont, de ce fait, soumis à la compétence de la Cour de justice. Le contrôle de la validité des accords au regard du droit primaire peut s'opérer par deux biais différents. D'une part, l'article 218, § 11, du TFUE habilite le Conseil, la Commission, le Parlement et les États membres à requérir l'avis préventif de la Cour sur la compatibilité de l'accord envisagé avec les traités³⁷. L'avis rendu par la Cour lie les institutions. D'autre part, la Cour s'est reconnue compétente pour statuer sur des recours en annulation³⁸ d'accords internationaux déjà conclus et pour se prononcer sur l'interprétation et sur la validité de tels accords par le biais de renvois préjudiciels³⁹.

Il convient de souligner qu'une déclaration d'invalidité ou une annulation prononcée par la Cour de justice n'a d'effet que dans l'ordre juridique de l'Union. Elle n'affecte pas la validité de l'accord censuré au regard de l'ordre juridique international et ne fait pas obstacle à la mise en cause de la responsabilité internationale de l'Union européenne.

³⁶ Cf. les conclusions rendues par l'avocat général Saggio le 25 février 1999 dans l'affaire C-149/96 *Portugal c. Conseil*, *Rec.*, 1999, p. I-8395, pt 18. Dans le même sens, cf. p. ex. L. GRARD, « L'invocabilité communautaire du droit international », in C. BOUTAYEB e.a., *op. cit.*, spéc. p. 663.

³⁷ Sur la procédure d'avis, cf. S. ADAM, *La procédure d'avis devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

³⁸ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 9 août 1994 (*France c. Commission*), C-327/91, *Rec.*, p. I-3641 ; CJUE, arrêt du 10 mars 1998 (*Allemagne c. Conseil*), C-122/95, *Rec.*, p. I-973.

³⁹ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 30 avril 1974 (*Haegeman*), précité.

Dans ses arrêts *Yusuf et Kadi*⁴⁰, le Tribunal s'est cependant écarté de ce principe bien établi, qui postule la séparation des ordres juridiques européen et international et repose sur une adhésion aux thèses du pluralisme juridique. Appelé à contrôler la validité de règlements du Conseil ordonnant le gel de fonds appartenant à des terroristes présumés, le Tribunal a considéré que lesdits règlements découlaient d'une position commune adoptée par les États membres dans le cadre de la PESC, et que cette position commune constituait elle-même l'exécution servile d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. Fort de ces observations, le Tribunal en a déduit que le contrôle des règlements attaqués à l'aune du droit de l'Union emportait nécessairement un contrôle incident des résolutions du Conseil de sécurité qui en ont dicté le contenu. Reconnaissant qu'il « [...] n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, [la] légalité [de ces résolutions] au regard du

⁴⁰ Trib. UE, arrêt du 21 septembre 2005 (*Yusuf et Al Barakat c. Conseil et Commission*), T-306/01, *Rec.*, p. II-3533; Trib. UE, arrêt du 21 septembre 2005 (*Kadi c. Conseil et Commission*), T-315/01, *Rec.*, p. II-3649. *Aide*: Trib. UE, arrêt du 12 juillet 2006 (*Chafiq Ayadi c. Conseil*), T-253/02, *Rec.*, 2006, p. II-2139; Trib. UE, arrêt du 12 juillet 2006 (*Faraj Hassan c. Conseil et Commission*), T-49/04, *Rec.*, 2006, p. II-52; Trib. UE, arrêt du 31 janvier 2007 (*Zaid Miniri c. Commission*), T-362/04, *Rec.*, p. II-2003. Pour des commentaires plus approfondis, cf. e.a. R. BROWN, « *Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities: Executive Power and Judicial Supervision at European Level* », *E.H.R.L.R.*, 2006, p. 456-469; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « *Droit de l'Union, droit international et droits fondamentaux* », in *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, p. 151-161. Dans des affaires ultérieures, le Tribunal n'a pas hésité à annuler, pour non-respect des droits fondamentaux, des décisions de gel de fonds prises par le Conseil sur base d'un règlement communautaire qui lui-même, mettait en œuvre, par l'intermédiaire du Conseil de sécurité des Nations unies (Trib. UE, arrêt du 12 décembre 2006 (*Organisation de Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*), T-228/02, *Rec.*, p. II-4665; Trib. UE, arrêt du 11 juillet 2007 (*Sison c. Conseil*), T-47/03, *Rec.*, p. II-73; Trib. UE, arrêt du 11 juillet 2007 (*Stichting Al-Aqsa c. Conseil*), T-327/03, *Rec.*, p. II-79). Le Tribunal a estimé que ces décisions devaient être évaluées au regard des standards communautaires de protection des droits fondamentaux dès lors qu'il s'agissait de la mise en œuvre de la PESC. À la différence des affaires précédentes, les autorités de l'Union bénéficiaient d'un certain pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies.

droit communautaire⁴¹», le Tribunal a estimé en revanche qu'il est « [...] habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause [...] au regard du *ius cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets de droit international [...] et auquel il est impossible de déroger⁴² ».

Dans son arrêt rendu sur pourvoi, la Cour de justice a rejeté une telle interprétation, déclarant qu'« il n'incombe [...] pas au juge communautaire [...] de contrôler la légalité d'une [résolution du Conseil de sécurité], ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le *ius cogens*⁴³ ».

b) Les conventions conclues par les États membres

1. Effets à l'égard de l'Union

Quand bien même fussent-elles ratifiées par l'ensemble des États membres, les conventions internationales qui n'ont pas été conclues par l'Union européenne ne lient pas cette dernière et ne conditionnent pas la validité des actes qui émanent de ses institutions⁴⁴.

Ce principe de bon sens connaît toutefois une exception et un tempérament. L'exception vise l'hypothèse dans laquelle l'Union européenne succède aux États membres dans leurs obligations internationales et devient *ipso facto* partie à la convention internationale qu'ils avaient ratifiée⁴⁵. Cette théorie de la succession trouve cependant rarement à s'appliquer⁴⁶, dès lors qu'elle requiert « un transfert

⁴¹ *Yusuf*, pt 276; *Kadi*, pt 225.

⁴² *Yusuf*, pt 277; *Kadi*, pt 226.

⁴³ CJUE, arrêt du 3 septembre 2008 (*Kadi c. Conseil*), C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pt 287.

⁴⁴ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 14 octobre 1980 (*Burgos*), C-812/79 *Burgos*, *Rec.*, 1980, p. 2787, pt 9. Sur cette question, cf. « Editorial Comment – The Union, the Member States and international agreements », *C.M.L. Rev.*, 2011, p. 1-7.

⁴⁵ CJUE, arrêt du 14 juillet 1994 (*Parata*), C-379/92, *Rec.*, p. I-3453, pt 16.

⁴⁶ Cf. cependant, à propos du GATT, l'arrêt du 12 décembre 1972 (*International Fruit Company*), précité.

intégral des compétences précédemment exercées par les États membres⁴⁷ en rapport avec la convention dont question⁴⁸.

Le tempérament concerne quant à lui un principe d'interprétation conforme du droit européen dérivé au regard des conventions conclues par l'ensemble des États membres. Si ce principe ne fait pas encore l'objet d'une explication systématique, il est toutefois apparu à diverses reprises sous la plume de la Cour de justice, justifié tantôt par la primauté du droit international sur le droit dérivé⁴⁹, tantôt par le principe de bonne foi de droit coutumier international et par le principe de coopération loyale consacré à l'article 4, § 3, du TUE⁵⁰.

Relevons enfin que certaines dispositions des traités imposent le respect de conventions auxquelles l'Union n'est pas directement partie. Ainsi de l'article 73, §1, du TFUE, qui oblige le Conseil à mener une politique d'asile conforme à la convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut de réfugié. Ainsi encore de l'article 6, § 3, du TUE, qui impose le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en tant que creuset d'un certain nombre de principes généraux du droit de l'Union.

II. Effets à l'égard des États membres

i. Traités conclus avant la naissance de la Communauté économique européenne ou avant l'adhésion de l'État concerné

En vertu de l'article 351, al. 1^{er}, du TFUE, « [l]es droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} jan-

vier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités. »

Cette disposition vise à assurer le respect des conventions conclues par les États membres avec des États tiers antérieurement à la naissance de la Communauté économique européenne (pour les États fondateurs) ou à la date à laquelle ils ont adhéré aux Communautés ou à l'Union européenne (pour les autres).

Une mesure nationale prise en exécution de telles conventions ne pourra donc pas être écartée pour incompatibilité avec le droit de l'Union⁵¹. De même, les institutions européennes doivent s'abstenir de compromettre la capacité des États à respecter leurs engagements antérieurs et peuvent même, dans le cadre de la PESC notamment, leur prêter assistance dans l'exécution de ces engagements.

L'« immunité juridictionnelle » des accords préalables conclus par les États – et des mesures unilatérales prises en exécution de tels accords – n'est toutefois pas totale, tant s'en faut⁵². D'abord, « [d]ans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le [...] traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées » (art. 351, al. 2, du TFUE). L'État en cause est ainsi tenu d'entamer des négociations visant à modifier, voire à supprimer l'accord conclu antérieurement⁵³.

Ensuite, la Cour s'estime désormais compétente pour annuler un acte de l'Union pris en exécution de pareils accords lorsqu'une telle

⁴⁷ CJUE, arrêt du 3 juin 2008 (*Intertanko*), C-308/06, *Rec.*, p. I-4957, pt. 49.

⁴⁸ Pour un (contre-)exemple récent, cf. CJUE, arrêt du 24 juin 2008 (*Commune de Mesquer*), C-188/07, *Rec.*, p. I-4501, pt. 85. Pour une discussion approfondie de cette théorie de la succession telle qu'appliquée par la Cour de justice, cf. R. SCHÜTZ, « The "Succession Doctrine" of the European Union », in A. ARNULL *e. a.*, *A Constitutional Order of States : Essays in Honour of Alan Dashwood*, Hart, Oxford, 2011, p. 459-484.

⁴⁹ CJUE, arrêt du 10 septembre 1996 (*Commission c. Allemagne*) précité, pt. 52.

⁵⁰ CJUE, arrêt du 3 juin 2008 (*Intertanko*), précité, pt. 52; conclusions présentées par l'avocat général Kokott dans l'affaire *IATA*, C-366/10, précitée, pt. 66.

⁵¹ CJUE, arrêt du 2 août 1993 (*Levy*), C-158/91, *Rec.*, p. I-4287, pt. 22.

⁵² Pour une critique sévère de l'application restrictive de l'article 352 TFUE par la Cour de justice, cf. J. KLABBERS, « The Validity of EU Norms Conflicting with International Obligations », in E. Cannizzaro *e. a.* (eds), *op. cit.*, p. 120-122.

⁵³ Cf. CJUE, arrêt du 4 juillet 2000 (*Commission c. Portugal*), C-62/98, *Rec.*, p. I-5171, pts 49-50; CJUE, arrêt du 4 juillet 2000 (*Commission c. Portugal*), C-84/98, *Rec.*, p. I-5215, pts 58-59; CJUE, arrêt du 3 mars 2009 (*Commission c. Autriche*), C-205/06, *Rec.*, p. I-1301; CJUE, arrêt du 3 mars 2009 (*Commission c. Suède*), C-249/06, *Rec.*, p. I-1335.

mesure viole les droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union⁵⁴. Ces droits se voient par là attribuer une valeur supérieure aux autres dispositions du droit primaire, dont la violation n'est pas contraire au droit de l'Union si elle est nécessaire pour assurer l'exécution d'une convention préalable⁵⁵.

Enfin, l'immunité octroyée par l'article 351 ne s'applique pas aux accords conclus uniquement entre États membres⁵⁶.

ii. *Traités conclus après la naissance de la Communauté économique européenne ou après l'adhésion de l'État concerné*

Dans les domaines qui ne ressortissent pas à la compétence exclusive de l'Union, les États membres restent bien entendu libres de conclure des conventions avec des États tiers ou avec des organisations internationales. Ces conventions sont étrangères au droit de l'Union et ne sont dès lors pas soumises à la compétence de la Cour de justice⁵⁷.

Les États demeurent néanmoins tenus à une obligation de coopération loyale envers l'Union. La conclusion d'un accord international susceptible de compromettre la cohérence ou l'effectivité du droit de l'Union pourra dès lors conduire à la condamnation de l'État en cause par la Cour de justice⁵⁸.

2. Le droit coutumier et les principes généraux du droit international

Le droit international coutumier et les principes généraux du droit international constituent, à n'en pas douter, des sources du

⁵⁴ Cf. CJUE, arrêt du 3 septembre 2008 (*Kadi c. Conseil*), précité, pts 304 et s.

⁵⁵ Cf. ainsi, à propos d'une mesure nationale violant l'ex-*arctio* 113 CE, CJUE, arrêt du 14 janvier 1997 (*Centuro-Com*), C-124/95, *Rec.*, p. 81, pts 56-61.

⁵⁶ Cf. CJUE, arrêt du 22 octobre 2009 (*Bogiatzi*), précité, pt 19 et jurisprudence citée.

⁵⁷ CJUE, arrêt du 27 novembre 1973 (*Vandeweghe*), 130/73, *Rec.*, p. 1329, pt 2.

⁵⁸ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 11 juin 1998 (*Commission c. Belgique et Luxembourg*), C-176 et 177/97, *Rec.*, p. I-3557; CJUE, arrêt du 21 septembre 1999 (*Saint-Gobain*), C-307/97, *Rec.*, p. I-6161.

droit de l'Union⁵⁹. Les juges de Luxembourg ont régulièrement recours à des principes issus du droit international dans l'exercice de leur mission d'interprétation et d'application du droit de l'Union. Ainsi notamment du principe *acta sunt servanda*⁶⁰, du principe de courtoisie internationale⁶¹ et du principe d'exécution de bonne foi de traités⁶². En revanche, certains principes en vigueur en droit international ne paraissent pas compatibles avec la logique européenne. Dans cette perspective, l'on ne s'étonnera pas de ce que le principe classique de réciprocité (*exceptio non adimpleti contractus*) soit irrecevable en droit européen dès lors qu'il existe des procédures juridictionnelles pour sanctionner le manquement d'un État à ses obligations européennes⁶³.

De manière générale, la Cour considère que « les compétences de [l'Union] doivent être exercées dans le respect du droit international⁶⁴ », en ce compris du droit international coutumier, lequel doit guider l'interprétation du droit de l'Union⁶⁵ et permet régulièrement à la Cour de combler les lacunes de ce dernier⁶⁶. La

⁵⁹ Sur ce sujet, cf. J. WOUTERS, D. VAN ECKHOUTTE, « Giving Effect to Customary International Law Through European Community Law », in J. M. PRINSEN, A. SCHRAUWEN, *Direct Effect – Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen – Amsterdam, 2002, p. 181 et s.; A. GIANELLI, « Customary International Law in the European Union », in E. Cannizzaro e.a. (eds), *op. cit.*, p. 93-110. L'existence de coutumes propres à l'Union européenne demeure controversée : comp. les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 27 septembre 2007 dans l'affaire *Parlement c. Conseil*, C-133/06, *Rec.*, p. I-3189, pts 27-29, et la contribution, dans le présent ouvrage collectif, de T. BLANCHET, J. KELLER-NOËLLET, « Peut-on parler de "coutume" en droit de l'Union européenne ? ».

⁶⁰ Cf. CJUE, arrêt du 16 juin 1998 (*Racke*), C-162/96, *Rec.*, p. I-3655; Trib. UE, arrêt du 22 janvier 1997 (*Opel Austria c. Conseil*), T-115/94, *Rec.*, p. II-39.

⁶¹ Cf. CJUE, arrêt du 27 septembre 1988 (*Woodpulp*), 89/85 e.a., *Rec.*, p. 5193.

⁶² Cf. CJUE, arrêt du 19 octobre 1989 (*Hoescht*), 142/88, *Rec.*, p. 3413.

⁶³ Cf. CJUE, arrêt du 13 novembre 1964 (*Commission c. Luxembourg et Belgique*), 90 et 91/93, *Rec.*, p. 1217.

⁶⁴ CJUE, arrêt du 24 novembre 1992 (*Poulsen et Diva Navigation*), C-286/90, *Rec.*, p. I-6019, pt 9; CJUE, arrêt du 27 septembre 1988 (*Woodpulp*), précité.

⁶⁵ Cf. p. ex. CJUE, arrêt du 24 novembre 1992 (*Poulsen et Diva Navigation*), précité, pt 9.

rement à la Cour de combler les lacunes de ce dernier⁶⁶. La Cour a du reste reconnu la possibilité pour un particulier d'invoquer la violation d'une règle de droit international coutumier pour contester la validité d'une norme de droit dérivé⁶⁷.

Il ressort toutefois de l'arrêt *AITA* du 21 décembre 2011 que ce contrôle est appelé à demeurer strictement marginal. La Cour affirme dans cet arrêt que, dans la mesure où un principe de droit coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'une convention internationale, « le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ce principe⁶⁸ ».

Pour clôturer ce tour d'horizon de la place du droit international coutumier dans l'ordre juridique de l'Union européenne, on observera que la catégorie du *ius cogens* a quant à elle fait une entrée fracassante dans le droit européen par le biais des arrêts *Yusuf et Kadi* du Tribunal⁶⁹. Si la Cour de justice a depuis lors rejeté l'idée selon laquelle les juridictions de l'Union pourraient contrôler la validité d'un instrument international au regard du *ius cogens*, il est en revanche permis de penser que ce même « ordre public international » pourrait servir de base au contrôle d'un acte de droit dérivé. L'hypothèse est toutefois largement théorique dès lors que les standards européens « classiques » offrent aux justiciables un niveau de protection bien plus élevé que la poignée de règles de *ius cogens*.

⁶⁶ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 4 octobre 1991 (*Commission c. Royaume-Uni*) C-246/89, *Rec.*, p. I-4585, pt 15 ; CJUE, arrêt du 7 juillet 1992 (*Micheleni*) C-369/90, *Rec.*, p. I-4239, pt 10 ; CJUE, arrêt du 27 février 2002 (*Wierzyński*) C-37/00, *Rec.*, p. I-2013, pt 31.

⁶⁷ Cf. CJUE, arrêt du 16 juin 1998 (*Racke*), précité.

⁶⁸ CJUE, arrêt du 21 décembre 2011 (*AITA e.a.*), précité, pt 110.

⁶⁹ Sur ces arrêts, cf. *supra* et *infra*.

II. Quand effectivité et légitimité s'e(n/m)mêlent. Le droit international, ressource du droit de l'Union

Il ressort de la première partie de cette contribution que le droit international est incontestablement à la source de l'ordre juridique de l'Union européenne et une source du droit de l'Union européenne. En d'autres termes, il constitue le socle de la construction européenne et habite (au moins) un étage de la pyramide des normes de l'Union.

Notre investigation ne peut toutefois s'arrêter là. Le regard très formel posé sur la jurisprudence de la Cour de justice et sur les dispositions des traités a révélé un certain nombre d'hésitations, d'arrements, voire de contradictions qui pointent les limites d'une présentation trop lisse des rapports entre droit européen et droit international. Pour le dire vite, ce point de vue est trop court, trop réducteur, tributaire de trop d'écueils pour rendre compte, expliquer, voire critiquer avec un minimum d'acuité ces fausses notes que recensent et regrettent nombre de commentateurs.

François Ost et Michel van de Kerchove nous ont de longue date mis en garde contre la tentation de déterminer la validité d'une norme et sa place dans un ordre juridique à la seule aune de sa légalité formelle. Ils nous invitent à décentrer le regard et, dans le plus grand respect du point de vue interne des juristes, à demeurer attentif aux considérations d'effectivité et de légitimité qui influent sur la validité au sens large d'une norme juridique⁷⁰.

Dans leurs traces, nous sommes appelés à prendre un nouveau départ. Passée au tamis de l'effectivité et de la légitimité, la question de la place du droit international dans l'ordre juridique européen donne à voir un paysage beaucoup plus mouvant et éclaté que ne le laissait supposer une approche purement interne. Loin d'être une source paisible, spontanée, continue et uniforme du droit européen, le droit international apparaît davantage comme une ressource de ce dernier, une ressource gérée, maîtrisée, modulée selon mille techni-

⁷⁰ Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 324-371.

ques juridiques par les grands éclusiers du droit européen. Ces éclusiers, ce sont les juges de Luxembourg. Loin de se cantonner dans un rôle de garde-barrière filtrant l'entrée des normes en fonction de leur *pedigree*, la Cour de justice fait office de véritable régulateur capable de moduler l'effectivité d'une norme ou d'un texte, tantôt privant de leurs dents des règles parfaitement valides sur le plan formel, tantôt conférant une normativité indéniable à des instruments de *soft law*. On ajoutera que cette intensité normative semble bien souvent dépendante du contenu moral desdites normes et des enjeux éthiques qui entourent leur application.

Ainsi se dessine notre thèse. Revisitée à l'aune de la théorie traditionnelle de la validité, le statut des normes de droit international dans l'ordre juridique européen paraît largement influencé, en amont, par des considérations axiologiques, et en aval, par l'effectivité qui leur est conférée. Au milieu de ce flux, le juge de Luxembourg, éclusier attentif à la dimension morale de son action lorsqu'il décide d'ouvrir plus ou moins grande la vanne de l'intensité normative.

On fait l'hypothèse que dans l'ordre juridique de l'Union, cette intensité normative se compose d'au moins trois échelons, eux-mêmes gradués. Elle est poussée à son paroxysme lorsque la violation de la règle invoquée est constitutive d'une faute susceptible de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de l'Union (A). A l'étage immédiatement inférieur, l'intensité normative se traduit par la capacité d'une norme à conditionner la validité des actes juridiques subalternes (B). Enfin, plongeant sous la ligne de flottaison de la légalité formelle, l'intensité normative se fait plus faible dans les textes considérés comme recelant de simples « données juridiques pertinentes » pour l'interprétation ou l'identification d'une règle de droit (C).

Nous verrons qu'à lire la jurisprudence des juridictions de Luxembourg, les normes de droit international se répartissent très inégalement entre les différents degrés de cette pyramide de l'intensité normative, bien plus nombreux en sa base qu'en son sommet. Nous constaterons par ailleurs que cette répartition n'est pas exempte d'incohérences formelles, et que des considérations d'équité et de « bien-jugé » sourdent derrière l'argumentation lisse des juges du Kirchberg.

A. La norme génératrice de responsabilité

Consacré à l'article 340, al. 2, du TFUE, le principe de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne est aujourd'hui une composante du droit à une bonne administration inscrit à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, dont le troisième paragraphe garantit le droit de chaque personne « à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions ou ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres ».

La responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne suppose la réunion de trois éléments : une faute imputable à l'Union, un dommage, et un lien de causalité entre le comportement fautif et le préjudice allégué.

L'établissement d'une faute de l'Union européenne dans l'exercice de sa fonction normative est quant à lui subordonné à la violation d'une règle de droit. Toute violation de toute règle de droit n'est cependant pas constitutive d'une telle faute.

D'une part, la règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers. Ainsi en va-t-il des principes généraux du droit de l'Union tels que le principe de non-retroactivité⁷¹, le respect des droits de la défense⁷² et le principe de proportionnalité⁷³. A l'inverse, le principe de bonne administration⁷⁴, les règles de répartition des compétences⁷⁵, et l'obligation de motivation⁷⁶ n'ont en principe pas pour objet de conférer des droits aux particuliers. De manière plus générale, « il est nécessaire

⁷¹ Aff. 97/76 *Merkur*, 8 juin 1977, *Rec.*, p. 1063.

⁷² Cf. e.a. T-47/03 *Sison c. Conseil*, 11 juillet 1987, *Rec.*, p. II-73.

⁷³ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 14 janvier 1987 (*Bedburg*), 281/84, *Rec.*, p. 49.

⁷⁴ Trib. UE, arrêt du 6 décembre 2001 (*Area Cova e.a. c. Conseil et Commission*), T-196/99, *Rec.*, p. II-3597 ; Trib. UE, arrêt du 4 octobre 2006 (*Tillack c. Commission*), T-193/04, *Rec.*, p. II-3995 ; Trib. fonction publique UE, arrêt du 22 mai 2007 (*Adelaida Lopez Teruel c. OHMI*), F-99/06, *Rec. FP-I-A-1-147*.

⁷⁵ Cf. CJUE, arrêt du 13 mars 1992 (*Industrie en handtsonderneming Vreugdenhil BV c. Commission*), C-282/90, *Rec.*, p. I-1937.

⁷⁶ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 5 septembre 1982 (*Kind c. CEE*), 106/81, *Rec.*, p. 2885 ; CJUE, arrêt du 30 septembre 2003 (*Euroton e.a. c. Conseil*), C-76/01, *Rec.*, p. I-10091.

que la protection offerte par la règle invoquée soit effective à l'égard de la personne qui l'invoque et, donc, que cette personne soit parmi celles auxquelles la règle en question confère des droits. Ne saurait être admise comme source d'indemnité une règle ne protégeant pas le particulier contre l'illégalité qu'il invoque, mais protégeant un autre particulier⁷⁷ ».

D'autre part, la violation en question doit être suffisamment caractérisée⁷⁸. Remplit cette condition la violation résultant d'une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'exercice des pouvoirs du législateur, sans justification possible tirée d'un intérêt public supérieur⁷⁹. Si la marge d'appréciation de l'auteur du dommage est réduite, voire inexistante, la simple violation d'une règle du droit de l'Union peut être considérée comme suffisamment caractérisée⁸⁰. Ajoutons que la violation peut surgir d'une simple omission d'agir⁸¹ ou de l'adoption d'un acte dépourvu d'effet juridique⁸².

A notre connaissance, jamais la violation d'une norme de droit international n'a été jugée constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne. La Cour de justice justifie le rejet de tels recours en indemnité par l'absence d'effet direct de la norme internationale qui les

⁷⁷ Trib. UE, arrêt du 9 juillet 2009 (*Risic AG*), T-238/07, *Rec.*, p. II-117, pt 60.

⁷⁸ Pour une analyse critique de la jurisprudence sur ce point, cf. D. RIJEN, « De l'irresponsabilité communautaire de la Communauté », in C. BOUTAEB e.a., *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pédone, 2010, p. 921-932.

⁷⁹ Cf. CJUE, arrêt du 25 mai 1978 (*HNL c. Conseil et Commission*), 83/76 e.a., *Rec.*, p. 1209; CJUE, arrêt du 4 juillet 2000 (*Bergaderm et Goupil*), C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291.

⁸⁰ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 4 juillet 2000 (*Bergaderm et Goupil*), précité; Trib. UE, arrêt du 12 juillet 2001 (*Comafica et Dole Fresh Fruit Europe c. Commission*), T-198/95 e.a., *Rec.*, p. II-1975; CJUE, arrêt du 10 décembre 2002 (*Canal*), C-312/00 P, *Rec.*, p. I-11355; CJUE, arrêt du 19 avril 2007 (*Holam c. Commission*), C-282/05 P, *Rec.*, p. I-2941.

⁸¹ CJUE, arrêt du 8 décembre 1987 (*Grands Moulins de Paris c. Conseil et Commission*), 50/86, *Rec.*, p. 4833; CJUE, arrêt du 12 juillet 2005 (*Commission c. CEVA Santé animale*), C-198/03 P, *Rec.*, p. I-6357.

⁸² Concernant un avis motivé envoyé par la Commission dans le cadre d'une procédure en constatation de manquement, cf. Trib. UE, arrêt du 18 décembre 2009 (*Jean Arizemendi c. Conseil et Commission*), T-440/03 e.a., *Rec.*, p. II-4883.

fondé⁸³. Le raisonnement est qu'« en l'absence d'effet direct d'une disposition, cette dernière ne saurait conférer directement des droits aux particuliers », et qu'« à défaut d'engendrer de tels droits susceptibles d'être invoqués à l'appui de l'allégation de l'illégalité d'un comportement d'une institution communautaire, la disposition en cause n'est pas susceptible de fonder un recours en indemnité contre la Communauté⁸⁴ ». On ajoutera que l'absence d'effet direct d'une disposition de droit international conventionnel entraîne l'impossibilité d'invoquer la violation du principe de droit international d'exécution de bonne foi de ladite convention⁸⁵. S'agissant des recours fondés sur la violation des règles de l'OMC, c'est en vain que les plaideurs ont tenté de se prévaloir d'une des exceptions prévues à la justiciabilité de tels accords⁸⁶. On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, que ce soit dans ce domaine que s'est posée avec le plus d'acuité la question de l'existence d'une responsabilité sans faute de l'Union européenne⁸⁷.

Sans remettre en question le bien-fondé de cette jurisprudence — que la Cour juge conforme au droit à un recours juridictionnel effectif⁸⁸ —, il n'est pas douteux qu'elle repose au moins autant sur des considérations pragmatiques que strictement juridiques.

D'une part, la Cour ne cache pas son souci d'éviter que « la perspective d'actions en dommages-intérêts [...] [n'] entrav[e] l'exercice

⁸³ Cf. p. ex. Trib. UE, 6 septembre 2011 (*Muhammad Muqraby c. Conseil et Commission*), T-292/09, non encore publié au *Recueil*, p. 54-69.

⁸⁴ CJUE, 22 mars 2010 (*SPM c. Conseil et Commission*) (ord.), C-39/09 P, *Rec.*, p. I-38, pt 79.

⁸⁵ Trib. UE, 3 février 2005 (*Chiquita Brands International e.a. c. Commission*), T-19/01, *Rec.*, p. II-315, pt 248.

⁸⁶ Trib. UE, 3 février 2005 (*Chiquita Brands International e.a. c. Commission*), précité; Trib. UE, 10 février 2004 (*Afrikanische Frucht-Compagnie GmbH et Internationale Fruchthandels Gesellschaft Weichert & Co. c. Conseil et Commission*), T-64/01 et T-65/01, *Rec.*, p. II-521.

⁸⁷ CJUE, 9 septembre 2008 (*FIAMM e.a. c. Conseil et Commission*), C-120/06 et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513. Comp. Trib. UE, 14 décembre 2005 (*FIAMM*), T-69/00, *Rec.*, p. II-5393. Pour un commentaire cf. P. PECHO, A. VAN WAEBBERGHE, « La responsabilité "sans faute" en droit communautaire », *J.D.E.*, 2009, p. 93-99.

⁸⁸ Trib. UE, 23 novembre 2011 (*Sison c. Conseil*), T-341/07, non encore publié au *Recueil*, pt 81.

du pouvoir législatif chaque fois qu'il est dans le cas de prendre, dans l'intérêt général, des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers⁸⁹. D'autre part, s'agissant plus particulièrement du droit de l'OMC, le souhait de prévenir un « déséquilibre dans l'application des règles de l'OMC » est expressément reconnu par la Cour, qui observe que ces règles ne peuvent donner lieu à un contrôle de légalité ni, *a fortiori*, à l'engagement de la responsabilité des pouvoirs publics, dans les ordres juridiques des principaux partenaires commerciaux de l'Union⁹⁰.

Pragmatiques, ces arguments n'en demeurent pas moins des illustrations de ce que l'on pourrait appeler une sorte de « moralité judiciaire ». Le premier traduit la conscience qu'a la Cour de justice des limites de sa propre légitimité démocratique et de son impérieux devoir de sauvegarder la séparation des pouvoirs. La Cour n'a pas le *treaty-making power*. Il ne lui appartient pas de lier les mains du législateur de l'Union au-delà de ce qu'il a consenti⁹¹. Le second argument repose sur le principe de réciprocité, que la Cour mentionne du reste expressément, et dont les liens avec la valeur de justice remontent très haut dans le ciel des idées⁹².

B. La norme de référence

Si les normes de droit international n'ont jamais accédé au sommet de la « pyramide » de l'intensité normative, nous avons vu plus haut qu'elles servent parfois de normes de référence conditionnant la validité formelle des actes de droit dérivé. Ce constat initial demande toutefois à être affiné au prisme des indicateurs de

⁸⁹ CJUE, 9 septembre 2008 (*FIAMM e.a. c. Conseil et Commission*), précités, pt 121, et jurisprudence citée.

⁹⁰ *Ibidem*, pt 119, et jurisprudence citée.

⁹¹ Sur la préoccupation « démocratique » que trahit cet argument de la Cour, cf. A. TANGREDI, « On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order », in E. Cannizzaro *é.d.*, 97 *cit.*, p. 262-263.

⁹² Cf. déjà Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R.-A. Gauthier, 2^e éd., Publications universitaires de Louvain, Louvain, 1970, Livre V, chapitre 8.

l'effectivité et de la légitimité. Il semble en effet que le juge de l'Union européenne soit en mesure de moduler l'autorité de la norme de droit international, en faisant varier sa place dans la hiérarchie des normes (2), en tempérant l'intensité du contrôle de son respect (3), voire en lui refusant le statut de norme de référence en dépit de sa validité formelle (1). On s'autorisera à penser que cette construction jurisprudentielle baroque et inachevée traduit le souhait de la Cour de justice de tourner le dos à la figure des « juges automatés » pour se ranger parmi les « juges [...] artistes, qui, à l'aide des mains, de la tête et du cœur, ouvrent des horizons meilleurs aux citoyens, sans tourner le dos aux réalités et aux situations concrètes⁹³ ».

1. L'invocabilité de la règle internationale

Nous avons vu plus haut que les règles de droit international doivent satisfaire une triple condition pour se voir reconnaître par la Cour le statut de normes de contrôle au regard desquelles la légalité des actes de droit dérivé est susceptible d'être contrôlée. Outre qu'elles doivent formellement lier l'Union (1), les normes en question ne peuvent être issues d'un traité dont la nature et l'économie s'opposeraient à un tel contrôle (2) et doivent être, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises (3).

On observera d'emblée que cette jurisprudence illustre de la plus parfaite manière le hiatus qui peut exister entre la validité formelle d'une norme et son effectivité. Partie intégrante du droit de l'Union européenne, logée entre le droit primaire et le droit dérivé, la norme de droit international n'est pas nécessairement invocable devant les juges de Luxembourg. Sa justiciabilité requiert de cette norme des qualités intrinsèques qui font défaut à bon nombre de règles de droit international.

Cet espace entre validité formelle et justiciabilité est parfaitement assumé par certains membres de la Cour. Ainsi, selon l'avocat général Poiares Maduro, « que le droit de l'OMC ne soit pas juridiction-

⁹³ Conclusions prononcées le 20 mars 2007 par l'avocat général Ruiz Jarabolo Colomer dans l'affaire *Rhiannon Morgan*, C-11 et 12/06, *Rev.*, p. I-9161, pt 2.

nellement invocable ne signifie pas qu'il ne fait pas partie de l'ordre juridique communautaire. De ce point de vue, la formulation utilisée par la Cour [...] est sans doute malheureuse. Elle laisse croire qu'un accord international ne fait pas partie du bloc de la légalité communautaire, alors qu'il ne s'agit que d'une question de justiciabilité de ladite norme, de compétence du juge pour en connaître. Mais c'est du reste ce que en vérité, bien que maladroitement, la Cour a voulu dire. Elle refuse en effet de faire figurer les accords OMC parmi les normes au regard desquelles elle contrôle la légalité des actes communautaires parce que, étant donné les caractères des règles de l'OMC, on ne saurait "admettre que la tâche d'assurer la conformité du droit communautaire avec ces règles incombe directement au juge communautaire". Il ne faut donc pas comprendre cette jurisprudence comme niant la qualité de source du droit communautaire des règles de l'OMC mais comme affectant leur portée contentieuse⁹⁴.

Ce constat démontre tout l'intérêt d'une approche pluridimensionnelle de la validité. Ce n'est qu'en levant les yeux du curseur de la légalité formelle que l'on peut rendre compte de ces espaces juridiques en demi-teinte, qui renferment des règles certes accueillies dans l'ordre juridique mais vouées à demeurer dans ses limbes, loin des champs de bataille des cours et tribunaux.

Mais il convient d'aller plus loin et, fidèle à une approche respectueuse du point de vue interne sur le droit, de sonder les justifications mobilisées par la Cour de justice pour refuser l'accès au prétoire à certaines normes de droit international. Ces justifications tiennent le plus souvent à l'économie et à la nature du traité dont sont issues les règles invoquées (a) ou au caractère insuffisamment clair, précis et inconditionnel de celles-ci (b).

a) La nature et l'économie du traité

La condition relative à la nature et l'économie du traité international dont est issue la norme semble trouver son origine dans une

⁹⁴ Conclusions prononcées dans l'affaire *FIAMM c. Conseil*, C-120 et C-121/06, P, Rec., p. I-6513, pt 37.

conception « subjectiviste » de l'effet direct des normes de droit international, qui fait dépendre cet effet de l'intention des parties au traité dont relève la norme en cause. On peut sans doute faire remonter cette conception à l'arrêt rendu le 3 mars 1928 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de la *Compétence des tribunaux de Dantzig*, dans lequel la Cour affirme qu'« on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliqués par les tribunaux nationaux. [...] L'intention des Parties — que l'on doit rechercher dans le contenu de l'Accord, en prenant en considération la manière dont l'Accord a été appliqué — est décisive⁹⁵ ».

Il apparaît cependant que ce *dictum* bien connu du droit international est appliqué très largement par la CJUE. Il convient de rappeler à cet égard que la question soumise à la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire précitée concernait le sort à réserver à des demandes pécuniaires introduites devant les tribunaux de Dantzig par des employés de l'administration polonaise à l'encontre de la Pologne. Ces demandes se fondaient sur les clauses d'un accord conclu entre la Pologne et la ville libre de Dantzig organisant le transfert desdits employés de l'administration de la ville de Dantzig à l'administration polonaise. La question concernait donc l'invocabilité d'une série de droits « sociaux » concédés par la Pologne dans le cadre de cet accord.

La jurisprudence de la Cour de justice semble procéder d'un double élargissement de cette doctrine initiale. D'une part, l'existence relative à l'économie et aux termes de l'accord international invoqué ne paraît pas s'appliquer aux seules actions menées par des particuliers. Il semble bien — mais la jurisprudence est hésitante — que cet impératif conditionne aussi l'invocabilité des règles de droit international par des sujets de droit international eux-mêmes, tels que les États membres de l'Union européenne. D'autre part, cet impératif est appliqué le plus souvent par la Cour à des situations

⁹⁵ *Publications de la Cour permanente de justice internationale — Recueil des avis consultatifs*, série B, n° 15, p. 16 et 18.

qui relèvent d'un contentieux objectif dit de « légalité », et non pas d'un contentieux subjectif qui verrait un particulier chercher à se prévaloir d'un avantage ou d'une prérogative que lui conférerait un accord international.

Cette double inflexion change complètement la portée de l'exigence déduite de l'économie et des termes du traité international invoqué. Par le biais de cette condition, la Cour ne cherche pas à savoir dans quelle mesure les règles dudit traité peuvent s'analyser en une sorte de stipulation pour autrui formée au bénéfice de particuliers. Elle s'interroge bien plutôt sur le *degré de contrainte* présenté par de telles règles, indépendamment de la personne qui les invoque et du contexte dans lequel elles sont invoquées. Le niveau du questionnement est donc bien plus fondamental. La Cour laisse entendre que certaines règles dont le *pedigree* juridique est incontestable ne traduisent pas un degré d'engagement suffisant de la part de leurs auteurs.

Se creuse ainsi davantage encore le fossé qui sépare la validité formelle d'une norme de son effectivité. C'est qu'ici, l'absence d'effectivité n'est pas simplement constatée après coup, par un observateur extérieur qui prend acte des limites posées à l'invoicabilité des règles de droit international devant le juge de l'Union européenne. Elle est bien plutôt posée par le juge lui-même comme un élément intrinsèque de l'accord conclu entre les parties, comme une donnée laissée à la libre appréciation de celles-ci au même titre que le contenu des règles sur lesquelles elles s'accordent. Loin d'être accidentelle, l'ineffectivité est présentée comme intentionnelle, consubstantielle à l'accord international.

On ne saurait sous-estimer l'importance de ce constat. Il implique que la Cour accepte l'idée qu'une règle de droit puisse être formellement valide et en même temps d'application trop flexible pour conditionner la validité d'une règle qui lui est inférieure. Voilà qui laisse songeur. La Cour ne met pas en question sa *compétence* pour se prononcer sur la validité d'un acte de droit dérivé au regard d'une norme de droit international. Elle ne prend pas non plus appui sur le caractère trop *vague* ou *indéterminé* de ladite norme. Elle ne met pas davantage en cause le principe, inscrit à l'article 216, § 2, du TFUE, selon lequel les traités conclus par l'Union *lient* cette dernière. Elle semble bien plutôt considérer que certains de ces tra-

tés ne génèrent que des obligations flexibles, inséparables de l'environnement politique dans lequel elles baignent, susceptibles de ne donner lieu qu'à des condamnations « molles »⁹⁶.

On ne reviendra pas sur les considérations de « politique judiciaire » qui ont pu pousser la Cour à s'engager dans ce délicat exercice d'équilibrisme. On observera simplement les trésors d'ingénierie juridique déployés par les juges de Luxembourg pour limiter l'intensité normative de certaines conventions internationales sans leur dénier le statut de source formelle du droit de l'Union.

b) Le caractère clair, précis et inconditionnel de la règle

Il arrive bien souvent que la Cour dénie à une norme internationale le statut de règle de référence en raison de son caractère insuffisamment clair, précis et inconditionnel.

Cette condition est bien connue du droit de l'Union puisqu'elle détermine l'effet direct des actes de droit dérivé et des dispositions des traités constitutifs de l'Union. Elle semble néanmoins faire l'objet d'un raidissement dans la jurisprudence récente⁹⁷, qui paraît exiger que la règle de droit international invoquée confère de véritables droits subjectifs aux particuliers⁹⁸. En d'autres termes, des

⁹⁶ Cf. notamment CJUE, arrêt du 9 septembre 2008 (*FIAMM e. a. c. Conseil et Commission*), précité, pt 130 : « Les considérations liées à la nature des accords OMC ainsi qu'à la réciprocité et à la flexibilité les caractérisant demeurent présentes une fois adoptées de telles décisions ou recommandations [de l'Organe de règlement des différends de l'OMC] et une fois écoulé le délai raisonnable impart pour leur mise en œuvre. Les institutions communautaires conservent notamment une marge d'appréciation et de négociation vis-à-vis de leurs partenaires commerciaux dans la perspective de l'adoption de mesures destinées à donner suite à ces décisions ou recommandations et une telle marge doit être préservée. »

⁹⁷ Comp. CJUE, arrêt du 15 juillet 2004 (*Pêcheurs de l'étang de Berre*), C-213/03, *Rec.*, p. I-7357, notamment pt 47.

⁹⁸ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 3 juin 2008 (*Intertanko*), précité, pt 64 : « Il convient de constater que la convention de Montego Bay ne met pas en place des règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux particuliers et à conférer à ces derniers des droits ou des libertés susceptibles d'être invoqués à l'encontre des États, indépendamment de l'attitude de l'État du pavillon du navire » ; CJUE, arrêt du 21 décembre 2011 (*AITA*), précité, pt 84 : « Dès lors

particuliers – voire des États – ne pourraient invoquer la violation d'une règle de droit international devant le juge de l'Union que pour autant que cette règle leur confère directement des droits individuels. Passablement floue⁹⁹, cette condition semble procéder d'une confusion entre deux propositions distinctes.

La première concerne la capacité d'une norme de droit international à donner à un particulier le « droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité d'un acte communautaire »¹⁰⁰. Cette formule bien ancrée dans la jurisprudence communautaire ne paraît pas devoir être comprise comme renfermant une exigence supplémentaire conditionnant la reconnaissance d'un effet direct. Elle semble bien plutôt expliciter les conséquences de l'effet direct attaché à une norme, lequel effet direct dépend uniquement du caractère suffisamment clair, précis et inconditionnel de celle-ci.

La seconde proposition concerne bel et bien la capacité d'une norme de droit international à faire naître, dans le chef d'un particulier, des droits subjectifs « autonomes » – entendez : qui ne se fondent pas avec le simple droit d'invoquer la violation de la norme en justice. Il y a bien là une exigence, mais une exigence qui n'a de sens que dans le cadre d'un contentieux subjectif – tel que celui de la responsabilité extracontractuelle de l'Union –, qui implique de prouver le droit pour la violation duquel on entend obtenir réparation.

Que nous apprend cette importation « sauvage » de l'exigence de l'octroi de droits subjectifs dans les conditions déterminant la reconnaissance de l'effet direct d'une norme de droit international? Une

que l'accord "ciel ouvert" met en place certaines règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux transporteurs aériens et à leur conférer ainsi des droits ou des libertés, susceptibles d'être invoqués à l'encontre des parties à cet accord, et que la nature et l'économie de cet accord ne s'y opposent pas. Il peut en être conclu que la Cour peut apprécier la validité d'un acte du droit de l'Union, tel que la directive 2008/101, au regard des dispositions d'un tel accord ». Sur ce durcissement, cf. E. CANNIZZARO, « The Neo-Monism of the European Legal Order », in E. Cannizzaro *e.a.*, *op. cit.*, p. 45-49.

⁹⁹ Cf. l'interprétation singulièrement large de cette condition par l'avocat général Kokott dans ses conclusions présentées le 6 octobre 2011 dans l'affaire *AITA C-366/10*, précitées, pts 71 et 72.

¹⁰⁰ CJUE, arrêt du 24 octobre 1973 (*Carl Schilker*), *Rec.*, p. 1135, pt 28.

fois encore, que des considérations de politique jurisprudentielle amènent le juge de l'Union à manipuler, voire à tordre les catégories du raisonnement juridique en vue de museler l'effectivité de certaines règles de droit international.

2. Le contrôle de la conformité à la coutume internationale

La Cour ne module pas seulement l'effectivité des normes de droit international en jouant sur leur statut de règle de référence. Elle peut aussi, en aval, moduler l'intensité du contrôle de conformité des actes de droit dérivé au regard de ces normes.

La Cour a utilisé cette technique à l'égard des règles internationales de droit coutumier pour la première fois dans son arrêt *Racke*. Appelée à contrôler la validité d'un règlement du Conseil au regard des règles du droit coutumier international portant sur la cessation et la suspension des relations conventionnelles en raison d'un changement fondamental de circonstances, la Cour a jugé qu'« en raison de la complexité des règles en cause et de l'imprécision de certaines notions auxquelles elles se réfèrent, le contrôle judiciaire doit nécessairement, en particulier dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, se limiter au point de savoir si le Conseil [...] a commis des erreurs d'appréciation manifestes quant aux conditions d'application de ces règles¹⁰¹ ».

Ce contrôle marginal semblait à l'époque lié aux difficultés d'application propres à la doctrine du « changement fondamental de circonstances ». L'arrêt *AITA* du 21 décembre 2011 nous apprend qu'il n'en était rien. S'appuyant sur l'arrêt *Racke*, la Cour y déclare que « dès lors qu'un principe du droit international coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international, le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes¹⁰² ».

¹⁰¹ CJUE, arrêt du 16 juin 1998 (*Racke*), précité, pt 52.

¹⁰² Arrêt précité, pt 110.

Sans rentrer dans un examen détaillé de cette jurisprudence, il convient de s'interroger sur la pertinence de l'affirmation aussi générale que radicale selon laquelle une norme de droit international coutumier serait nécessairement moins précise qu'une norme de droit international conventionnel. La Cour semble perdre de vue le fait que les traités internationaux – à commencer par les traités européens – fourmillent de notions vagues qui n'ont rien à envier à la généralité de certaines coutumes internationales. Elle paraît également oublier que le droit coutumier émane bien souvent de conventions internationales et emprunte par conséquent le « degré de précision » propre à ces dernières. En toute hypothèse, on observera que la Cour ne s'est jamais embarrassée de ces considérations pour appliquer, avec rigueur et sévérité, des principes généraux du droit de l'Union et des normes de droit primaire au contenu flou.

Ici encore, il est permis de penser que derrière cette motivation hasardeuse se dissimulent des considérations liées aux limites du *judge-made law* et au souci de ne pas entraver excessivement l'action du législateur de l'Union.

3. La place de la règle de droit international dans la hiérarchie des normes

L'effectivité de la règle de droit international dépend aussi de la place qui lui est réservée dans la hiérarchie des normes. Nous l'avons dit, cette place se situe classiquement en dessous du droit primaire mais au-dessus des actes unilatéraux de droit dérivé. Il arrive cependant qu'ici aussi, des considérations de légitimité poussent les juges de Luxembourg à adopter une position moins orthodoxe. Sans nous attarder sur une jurisprudence abondamment commentée ailleurs¹⁰³ et mentionnée plus haut, force est de voir dans les arrêts

¹⁰³ Pour des commentaires des arrêts du Tribunal, cf. e.a. P. STANGOS, G. GRYLLOS, « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *C.D.E.*, 2006, p. 429-481 ; R. VAN OORIK, R. WESSEL, « De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie », *S.E.W.*, 2006, p. 230-241 ; R. BROWN, « Kadi v. Council of the European

Kadi du Tribunal et de la Cour la meilleure illustration de cette tendance¹⁰⁴.

Pour rappel, ces arrêts furent rendus suite à des recours en annulation dirigés contre des règlements communautaires qui ordonnaient le gel des fonds appartenant à des personnes suspectées de faire partie de la mouvance Al-Qaïda. Ces règlements avaient été adoptés en exécution de diverses résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, et visaient les personnes inscrites sur une liste élaborée par le « comité des sanctions », un organe subsidiaire du Conseil de sécurité.

Certains destinataires de ces sanctions contestèrent la validité des règlements communautaires notamment au motif qu'ils violaient les droits fondamentaux des personnes qu'ils sanctionnaient. Le raisonnement déployé par le Tribunal à l'endroit de ces griefs mérite toute notre attention. Il est structuré en deux parties.

Dans un premier temps, le Tribunal estime nécessaire de clarifier l'articulation entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique national ou communautaire¹⁰⁵. Sans surprise, il commence par rappeler qu'en égard aux articles 25 et 103 de la Charte des Nations unies, les résolutions du Conseil de sécurité jouissent d'une primauté absolue sur les droits nationaux et sur les traités internationaux. En outre, poursuit-il, si elle n'y est pas directement tenue en vertu du droit international public, la Commu-

Union and Commission of the European Communities : Executive Power and Judicial Supervision at European Level », *E.H.R.L.R.*, 2006, p. 456-469 ; J. DOTHIEL DE LA ROCHERE, « Droit de l'Union, droit international et droits fondamentaux », in *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, 2006, p. 151-161. Pour des commentaires des arrêts de la Cour, cf. e.a. M. BEULAY, « Les arrêts Kadi et Al Barakaat International Foundation. Réaffirmation par la Cour de justice de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit international », *R.M.C.U.E.*, 2009, p. 32-40 ; J.-P. JACQUÉ, « Primaire du droit international versus protection des droits fondamentaux », *R.T.D.E.*, 2009, p. 161-179 ; P. DAILLIER, « Contribution au débat entre monisme et dualisme de l'ordre juridique de l'Union européenne », *R.M.C.U.E.*, 2009, p. 394-396.

¹⁰⁴ Trib. UE, arrêt du 21 septembre 2005 (*Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*), précité ; Trib. UE, arrêt du 21 septembre 2005 (*Kadi c. Conseil et Commission*), précité.

¹⁰⁵ Yusuf, pts 231-259 ; Kadi, pts 181-208.

nauté européenne est néanmoins obligée, eu égard au traité CE lui-même, de donner effet aux résolutions du Conseil de sécurité. Le Tribunal en conclut que les institutions de l'Union n'avaient d'autre choix que d'exécuter sans délai la demande de gel des fonds formulée par le Conseil de sécurité. Cette exécution n'aurait pu être refusée ou différée en raison de son incompatibilité avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union.

Le Tribunal en vient ensuite à s'interroger sur l'étendue du contrôle de légalité qu'il lui incombe d'exercer¹⁰⁶. Il considère d'abord que le contrôle des règlements attaqués à l'aune du droit communautaire emporte nécessairement un contrôle incident des résolutions du Conseil de sécurité qui en ont dicté le contenu. Or, rappelle le Tribunal, ces résolutions échappent en principe à son contrôle, et il « [...] n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire¹⁰⁷ ». Les juges de Luxembourg ne se contentent cependant pas de cette fin de non-recevoir. Soucieux d'offrir une protection juridictionnelle aux requérants sans pour autant méconnaître les principes fondateurs du droit international, ils trouvent leur salut dans le *ius cogens*: « Le contrôle juridictionnel incident exercé par le Tribunal, dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte communautaire adopté, sans exercice d'une quelconque marge d'appréciation, en vue de mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, peut donc s'étendre, le cas échéant, à la vérification du respect des règles supérieures du droit international relevant du *ius cogens* et, notamment, des normes impératives visant à la protection universelle des droits de l'homme, auxquelles ni les États membres ni les instances de l'ONU ne peuvent déroger parce qu'elles constituent des "principes intransgressibles du droit international coutumier"¹⁰⁸ ».

Nul ne contestera l'audace de ces quelques lignes. Non content d'intégrer les droits de l'homme à la coutume internationale, le Tribunal va jusqu'à les hisser au sommet du droit des gens en leur

¹⁰⁶ *Yusuf*, pts 260-284; *Kadi*, pts 209-233.

¹⁰⁷ *Yusuf*, pt 276; *Kadi*, pt 225.

¹⁰⁸ *Yusuf*, pts 277, 281 et 282; *Kadi*, pts 226, 230 et 231.

conférant le statut de *ius cogens* – tout en s'abstenant de conclure, dans le cas de l'espèce, à l'invalidité des résolutions du Conseil de sécurité et des règlements en découlant. Ce faisant, le Tribunal embrasse une approche résolument moniste, qui fonde en une seule pyramide les ordres juridiques international et européen. Refusant de sacrifier la protection des personnes sur l'aurel de la *realpolitik* et de la lutte contre le terrorisme, le Tribunal s'efforce de sauvegarder l'effectivité de ce qu'il considère être le noyau dur du droit international des droits de l'homme¹⁰⁹ en élevant ce dernier au statut de règle de référence et en le hissant au sommet de la nouvelle pyramide du droit.

Consacrant une solution diamétralement opposée à celle retenue par le Tribunal, l'arrêt rendu sur pourvoi par la Cour de justice n'en est pas moins remarquable. Rejetant l'approche moniste du Tribunal, la Cour déclare qu'« il n'incombe [...] pas au juge communautaire [...] de contrôler la légalité d'une [résolution] du Conseil de sécurité », ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le *ius cogens*¹¹⁰. Considérant que le juge de l'Union doit faire abstraction de l'origine internationale des règlements européens qu'il est amené à contrôler, la Cour annule les règlements en question au motif de leur contrariété avec les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union.

Il est probable qu'à l'instar du Tribunal, la Cour ait eu à l'esprit le contenu moral des normes en jeu au moment d'en arbitrer les rapports. A l'inverse du Tribunal cependant, son souci d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux amène la Cour à embrasser une

¹⁰⁹ On relèvera que l'interprétation très large du *ius cogens* défendue par le Tribunal a suscité de vives critiques : Cf. notamment R. BROWN, « *Kadi v. Council* », *op. cit.*, p. 467 ; J. DUTHÉL DE LA ROCHÈRE, « Droit de l'Union, ... », *op. cit.*, p. 158-159.

¹¹⁰ CJUE, arrêt du 3 septembre 2008 (*Kadi c. Conseil*), précité, pt 287. La Cour a maintenu sa position dans des arrêts ultérieurs (voy. e.a. arrêt du 3 décembre 2009 (*Hassan et Ayadi c. Conseil*), C-399 et C-403/06 P, *Rec.*, p. I-11393 ; arrêt du 16 novembre 2011 (*Bank Mellat Iran c. Conseil*), C-548/09 P, non encore publié au *Recueil*, pt 105). Quant au Tribunal, il semble s'être rallié à la solution de la Cour non sans exprimer à mots (à peine) couverts son désaccord avec celle-ci (voy. Trib. UE, arrêt du 30 septembre 2010 (*Kadi c. Commission*), T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, spéc. pts 112-126).

approche radicalement dualiste des rapports entre droit international et droit européen. Formellement, elle sauve ainsi les apparences, laissant à la fois indenne la pyramide des normes du droit européen et la validité des règles de droit international en cause en l'espèce.

Cette tentative de « sauver les meubles » ne résiste toutefois pas à une analyse tridimensionnelle de la validité. Celle-ci donne à voir une norme internationale impuissante à se faire respecter, rendue inefficace au motif non pas de sa contrariété à une règle formellement supérieure mais en raison de son incompatibilité avec les standards éthiques en vigueur dans la communauté politique qu'elle entend pénétrer.

C. La donnée juridique pertinente

Nous avons jusqu'à présent examiné la partie émergée de l'iceberg, s'attendant à substituer un point de vue graduel (le droit international est une source plus ou moins effective dans l'ordre juridique européen) à l'approche monolithique adoptée dans la première partie de cette contribution. Il nous faut maintenant plonger en dessous de la ligne de flottaison et suivre le fil de l'intensité normative à des niveaux dont se désintéresse la théorie classique des sources du droit.

On vise ici les hypothèses dans lesquelles le droit international apparaît non pas comme une norme de comportement dont la violation implique une sanction (nullité, réparation, etc.) mais bien plutôt comme une donnée juridique pertinente, comme une ressource interprétative que le juge ne saurait ignorer au risque de méconnaître le droit. Pour reprendre une distinction proposée dans une autre contribution de cet ouvrage, l'on quitte le « droit normatif » au sens strict pour rentrer dans le « droit cognitif »¹¹¹.

C'est ici, dans les limbes du droit de l'Union, qu'échouent la plupart des actes de droit international, y compris tous ceux dont un *pedigree* défectueux ou incertain barre l'accès aux catégories supérieures de l'échelle normative. S'y entremêlent des conventions

¹¹¹ Cf. A. BAILLEUX, « Le *soft law* et les deux droits », paru dans ce volume.

internationales non ratifiées par l'Union, des normes au prescrit trop vague pour se voir conférer un effet direct, voire de simples standards à valeur recommandatoire pompeusement qualifiés de « réglementation internationale »¹¹².

S'appuyant sur le vocabulaire utilisé par la Cour, il n'est pas impossible de distinguer des variations dans les usages des données juridiques pertinentes qui peuplent cette boîte noire et dans l'intensité normative qui leur est conférée. Dans cette perspective, il apparaît que la Cour utilise les textes de droit international tantôt comme des révélateurs d'une norme de droit de l'Union présentée comme toujours déjà là (1), tantôt comme des boussoles permettant d'orienter l'interprétation d'une disposition jugée ambiguë (2). Mais ce qui apparaît tout aussi clairement, c'est le pouvoir souverain et presque illimité de la Cour de justice, libre d'utiliser ces ressources comme elle l'entend et de leur conférer une normativité plus ou moins grande selon le résultat qu'elle entend atteindre.

1. La ressource révélatrice

Au sommet de la partie immergée de l'iceberg, affleurant à la surface, se trouvent les actes de droit international qui, sans lier formellement l'Union européenne, exportent néanmoins leur contenu normatif dans l'ordre juridique européen par le truchement de la catégorie des principes généraux du droit.

Le droit des droits de l'homme constitue sans aucun doute le terrain d'expression privilégié de cette manière de « contrebande normative », qui voit la Cour de justice transférer dans le droit de l'Union des normes qui lui sont formellement étrangères. On rappellera à cet égard que, longtemps privée d'un catalogue écrit de droits fondamentaux, la Cour de justice a utilisé la catégorie des principes généraux du droit pour donner aux droits de l'homme une place dans l'ordre juridique européen. Pour identifier ces principes généraux du droit, la Cour a d'emblée eu recours aux

¹¹² Cf. p. ex. CJUE, arrêt du 9 décembre 2010 (*Humanplasma*), C-421/09, non encore publié au *Recueil*, pt 7 (titre).

« instruments internationaux concernant les droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré ¹¹³ ».

Dans son œuvre de construction d'un catalogue des droits, la Cour de justice s'est ainsi appuyée sur des conventions de l'OIT ¹¹⁴, sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ¹¹⁵, sur le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ¹¹⁶, sur la Charte sociale européenne ¹¹⁷ ou sur la Convention relative aux droits de l'enfant ¹¹⁸. Ces textes internationaux définissent tout de même peu utilisés au regard du recours quasi systématique de la Cour de justice à la Convention européenne des droits de l'homme. Rappelons que celle-ci a acquis, aux yeux de la CJUE elle-même, « une signification particulière ¹¹⁹ ». Les juges de Luxembourg y voient un texte de référence qui permet bien souvent de déterminer sans difficulté l'existence et le contenu d'un droit fondamental commun aux États membres.

Ce processus est remarquable à deux égards. D'une part, il témoigne de la porosité des parois de la pyramide du droit européen. Des conventions qui n'ont pas été ratifiées par l'Union européenne viennent à influencer très directement la liste et la portée des droits fondamentaux garantis par leur ordre juridique. Le détournement de la catégorie des principes généraux du droit apparaît à cet égard bien souvent artificiel, destiné à sauvegarder l'apparence d'un ordre juridique parfaitement maître des flux normatifs qui l'alimentent.

¹¹³ Cf. déjà CJUE, arrêt du 14 mai 1974 (*Nold c. Commission*), 4/73, *Rec.*, p. 491.
¹¹⁴ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 15 juin 1978 (*Défienné c. Sabena*), 149/77, *Rec.*, p. 1365 ; CJUE, arrêt du 11 décembre 2007 (*Viking*), C-438/05, *Rec.*, p. I-10779.
¹¹⁵ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 18 octobre 1989 (*Orkem*), 374/89, *Rec.*, p. 3343 ; CJUE, arrêt du 14 février 2008 (*Dynamic Medien*), C-244/06, *Rec.*, p. I-505.
¹¹⁶ Cf. e.a. Trib. fonction publique UE, arrêt du 26 septembre 2011 (*Andrés Arnaldos Rosario c. Commission*), F-29/06, non encore publié, pt 118 ; Trib. fonction publique UE, arrêt du 30 septembre 2010 (*Javier Torijano Montero c. Commission*), F-76/05, non encore publié, pt 67.
¹¹⁷ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 2 février 1988 (*Blaizot*), 24/86, *Rec.*, p. 398 ; CJUE, arrêt du 18 décembre 2007 (*Laval un Partner*), C-341/05, *Rec.*, p. I-11767.
¹¹⁸ Cf. l'arrêt du 14 février 2008 (*Dynamic Medien*) précité.
¹¹⁹ Cf. déjà CJUE, arrêt du 21 septembre 1989 (*Hoehst*), 46/87 et 227/88, pt 13

D'autre part, ce processus illustre de manière éclatante le pouvoir immense des écluseurs de Luxembourg, qui ouvrent plus ou moins grandes les vannes du droit international selon leur appréciation des carences du droit européen. Ce pouvoir quasi-dicrétionnaire se manifeste clairement dans les usages très contrastés que la Cour de justice peut faire d'un même texte. A titre d'exemple, on notera que tantôt la CJUE reconnaît l'existence d'un principe général de droit au motif qu'il est consacré par la Charte sociale européenne ¹²⁰, tantôt elle refuse de voir dans cette Charte un argument suffisant pour conclure à l'existence d'un même principe au sein de l'ordre juridique de l'Union ¹²¹.

¹²⁰ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 11 décembre 2007 (*Viking*), précité, pt 43. Dans un sens approchant, cf. CJUE, arrêt du 10 juin 2010 (*Brno e.a.*), C-395 et 396/08, *Rec.*, p. I-5119, pts 31 et 32 et jurisprudence citée.

¹²¹ « [L]a stabilité de l'emploi ne peut être considérée comme un principe général de droit. [...] Cette conclusion n'est infirmée ni par les dispositions de la charte sociale européenne, concernant la réalisation et le maintien du niveau le plus stable possible de l'emploi, ni par les articles 30 et 31 de la charte des droits fondamentaux. En effet [...] s'agissant de la charte sociale européenne, même s'il ressort de l'article 136 CE que celle-ci est une source d'inspiration dont la Communauté doit tenir compte dans la poursuite des objectifs que cet article énonce, cet article ne l'érige pas en norme au regard de laquelle la comparabilité du droit dérivé communautaire devrait s'apprécier. » (Trib. fonction publique UE, arrêt du 4 juin 2009 (*Ademiani, Adorno et Baranzini c. Commission*), F-134/07 et F-8/08, pts 100-102). Dans le même sens, « Contrairement à ce que la requérante suggère lorsqu'elle allègue que l'article 12 de la charte sociale européenne est l'expression de principes généraux du droit communautaire que les institutions communautaires seraient tenues de respecter, il résulte de l'article 136 CE que cette charte est une source d'inspiration dont la Communauté doit tenir compte dans la poursuite des objectifs que cet article énonce ; elle fait ainsi partie des instruments internationaux devant guider les institutions dans l'application et l'interprétation du statut et du R.A.A, mais ne saurait avoir pour effet, par elle-même, d'imposer l'obligation, pour la Communauté, d'instituer, au bénéfice d'agents recrutés localement, un autre régime de sécurité sociale que celui existant, le cas échéant, dans les pays où ces agents sont recrutés. » (Trib. fonction publique UE, arrêt du 17 novembre 2009 (*Palazzo c. Commission*), F-57/08, pt 52).

2. La ressource interprétative

Si l'on descend encore d'un cran sur l'échelle de l'intensité normative, l'on s'aperçoit que les textes de droit international font bien souvent office de boussole dans l'interprétation d'une norme de droit dérivé, voire de droit national. Une fois encore, à se fier aux termes utilisés par la Cour de justice, il semble toutefois que le degré d'impérativité de cette boussole soit éminemment variable et graduel.

Cette obligatorité est maximale s'agissant des actes de droit international auxquels la Cour de justice attache une obligation d'interprétation conforme. Dans un arrêt *Commission c. Allemagne* du 10 septembre 1996, la Cour a ainsi affirmé, s'agissant d'un accord conclu dans le cadre du GATT, que « la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit communautaire dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords »¹²². Nous avons vu plus haut que cette obligation semble aujourd'hui également applicable aux conventions internationales conclues non pas par l'Union mais par l'ensemble de ses États membres¹²³.

Cette obligation d'interprétation conforme recèle sans nul doute une normativité très forte. Elle ne lie certes pas l'auteur de l'acte de droit dérivé, formellement libre de donner à ce dernier un contenu incompatible avec la norme internationale qui lui est supérieure. En revanche, elle formule une obligation à l'égard de tous les destinataires de l'acte de droit dérivé en question, les enjoignant de faire tout leur possible pour appliquer ce dernier d'une manière respectueuse de la règle de droit international qui le surplombe. Un manquement à cette obligation peut emporter une violation de l'acte de droit dérivé – et non de la norme de droit international! – en cause.

Dans bien des situations cependant, la Cour de justice utilise des termes moins directs. On notera ainsi un penchant presque mysté-

que pour la « lumière », la Cour s'obligeant et invitant ses pairs à interpréter les actes de droit dérivé « à la lumière » de telle ou telle règle de droit international coutumier¹²⁴ ou conventionnel¹²⁵. Dans un registre encore plus souple, la Cour appelle également les juges à interpréter les textes qu'ils doivent appliquer en « prenant en considération » telle ou telle recommandation¹²⁶ ou en « tenant compte du texte et de l'objet » de la résolution du Conseil de sécurité des Nations unies que ces textes entendent mettre en œuvre¹²⁷. La normativité limitée de telles injonctions est reconnue par la Cour elle-même, qui considère qu'« une obligation de "tenir dûment compte" des termes et des objectifs de la résolution concernée ne va en rien à l'encontre de la constatation que [l'institution de l'Union procédant à sa mise en œuvre] statue de manière autonome, dans le respect des règles de son propre ordre juridique »¹²⁸.

A côté de ces cas de figure, il en est d'autres où la Cour n'assortit d'aucune obligation son recours au droit international. Le corpus juridique international apparaît alors bien plutôt comme une boîte à outils dans laquelle le juge pioche *ad libitum*, animé du seul souci de construire une interprétation susceptible d'emporter la conviction de son auditoire. C'est là le terrain de prédilection du *soft law* international, qui voit la Cour s'inspirer de textes aussi disparates que les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite élaborés par la Commission du droit international des Nations unies¹²⁹ ou les avis du haut commissaire des Nations unies aux droits de l'homme¹³⁰.

¹²⁴ CJUE, arrêt du 24 novembre 1992 (*Poulsen et Diva Navigation*), précité, pt 9.

¹²⁵ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 3 juillet 2012 (*UsedSoft c. Oracle*), C-128/11, non encore publié au *Recueil*, pt 52.

¹²⁶ CJUE, arrêt du 21 janvier 1993 (*Deutsche Shell*), précité, pt 18.

¹²⁷ Cf. e.a. CJUE, arrêt du 16 novembre 2011 (*Bank Mellat Iran c. Conseil*), précité, pt 104 et jurisprudence citée.

¹²⁸ *Ibidem*, pt 106.

¹²⁹ CJUE, arrêt du 6 mai 2010 (*Axel Wälz c. Clickair*), C-63/09, *Rec.*, p. I-4239, pts 27 et 28.

¹³⁰ Trib. UE, arrêt du 30 septembre 2010 (*Kadi c. Commission*), T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, pt 150.

¹²² CJUE, arrêt du 10 septembre 1996 (*Commission c. Allemagne*), C-61/94, *Rec.*, p. I-3989, pt 52. Cf. dans le même sens CJUE, arrêt du 1^{er} avril 2004 (*Bellis F.lli Srl*), C-286/02, *Rec.*, p. I-3465, pt 33.

¹²³ CJUE, arrêt du 10 septembre 1996 (*Commission c. Allemagne*) précité, pt 52; CJUE, arrêt du 3 juin 2008 (*Intertanko*), précité, pt 52.

On observera que dans certains cas de figure, c'est l'instrument de droit dérivé lui-même qui commande à son interprète de tenir compte de tel ou tel acte élaboré à l'échelle internationale¹³¹. Dans la plupart des hypothèses cependant, ce sont les juges de Luxembourg qui décident souverainement de la pertinence des actes de droit international pour l'interprétation des actes de droit dérivé, échappant difficilement aux soupçons d'arbitraire. A titre d'exemple, on épinglera le refus de la Cour d'interpréter la sixième directive TVA à la lumière de la convention d'Oviedo du 4 avril 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine au motif que « parmi les États membres, seule une légère majorité d'entre eux ont actuellement ratifié cette [...] convention¹³² ».

Conclusion

Des pages qui précèdent il semble possible de tirer une double conclusion.

Concernant la place du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne d'abord, il apparaît que celui-ci est à la fois *source* et *ressource* de celui-ci. Source, dans la mesure où il est non seulement à la *source* de l'*ordre juridique* de l'Union européenne mais où il constitue aussi *une source* venant alimenter en permanence le contenu du *droit* de l'Union. Sans être erronée, la métaphore de la source paraît néanmoins prisonnière d'une vision trop formaliste de la validité juridique pour fournir une image fidèle des rapports entre droit international et droit européen. La seconde partie de cette étude a ainsi tenté de montrer que l'on gagnerait à voir dans le droit international une *ressource* de l'ordre juridique de l'Union, une ressource gérée par les juges de Luxembourg, tantôt tempérant, tantôt

accentuant l'intensité normative de textes et de règles au *pedigree* très variable.

Ceci nous conduit à notre seconde conclusion, relative à la non même de source et à la conception du système juridique qu'elle véhicule. La figure de la source charrie des images de spontanéité, de linéarité et de continuité. Quoique cantonnées à une problématique bien particulière, les pages qui précèdent illustrent les limites d'une telle présentation des processus de formation du droit. Elles donnent à voir un juge hyper-puissant, éclusier souverain recourant à mille techniques pour faire varier le débit normatif en fonction des nécessités de la cause et de ce qu'il pressent être juste. Il n'y a dans ce constat ni regrets ni condamnation. Juste la confirmation de toute la pertinence de cette entreprise collective de revisitation du vieux mythe des sources du droit.

¹³¹ Cf. p. ex. CJUE, arrêt du 9 décembre 2010 (*Humanplasma*), C-421/09, non encore publié au *Recueil*, pts 3 et 7 (à propos d'une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe); CJUE, arrêt du 20 janvier 2009 (*Gerhard Schultz-Hoff*), C-350 et 520/06, *Rec.*, p. I-179, pts 37 à 41 (à propos d'une convention de l'OIT).

¹³² CJUE, arrêt du 3 juin 2010 (*État belge c. Nathalie De Fruytier*), C-237/09, *Rec.*, p. I-4985, pt 27.