

**Travaux dirigés de  
DROIT ADMINISTRATIF GENERAL**

Licence 2

Cours assuré par M. le Professeur Jean-François BRISSON  
Année universitaire 2019/2020

**Séance 4 : Combinaison de normes devant le juge.**

**Expressions clefs à définir :** Contrôle de conventionnalité, Coutume internationale, Effet direct, Jus Cogens, Question préjudicielle, Ordre juridique, Pacta Sunt Servanda, Principes généraux de droit international, Réciprocité

**Documents fournis :**

**Sur l'interprétation de l'article 55 de la Constitution :**

Document 1. Article 55 de la Constitution de 1958

Document 2. CE. Ass., 30 octobre 1998, Sarran Levacher et autres, n°200286 200287, publié au Recueil Lebon, (extrait).

Document 3. Pierre Dévolvé, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant et Buno Génévois, « Sarran », GAJA , 22° édition, Dalloz , Paris, Août 2019,(extrait)

Document 4. CE, Ass, 6 juin 1997, M.Aquarone, n°148683, publié au Recueil Lebon (extrait).

Document 5. CE, 3 décembre 2001, Synd. National de l'industrie pharmaceutique et a., n°226514, publié au Recueil Lebon (extrait).

**Sur la condition de réciprocité**

Document 6. Article 60 de la Convention de Vienne

Document 7. CE, Ass, 29 mai 1981, Rekhou, n°15092, publié au Recueil Lebon,(extrait).

Document 8. CE, Ass, 9 juillet 2010, Mme Cheriet-Benseghir, n°317747, publié au Recueil Lebon, (extrait)

Document 9. Louis. Dubouis, « art 3. La condition de réciprocité », *In* L. Dubouis, « Droit international et juridiction administrative », Dalloz, Janvier 2006, actualisation novembre 2018 (en ligne)

**Sur la notion de combinaison des normes devant le juge administratif :**

Document 11. Henry-Michel CRUCIS, « Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir », L.G.D.J, Paris, 1991. (extrait)

**Sur la combinaison des normes internationales devant le juge administratif :**

Document 12. CE, Ass., 19 juillet 2019, Association des américains accidentels », n°424216, (extrait)

Document 13. Marie Gautier et Fabrice Melleray , « Conflit entre normes internationales en droit français », *In*, « Fasc. 21 : Sources internationales et hiérarchie des normes », JurisClasseur Administratif, 28 avril 2013, mis à jour le 4 octobre 2019 (en ligne).

**Commentaire d'arrêt du document n°12**

Document 12. CE, Ass., 19 juillet 2019, Association des américains accidentels », n°424216, (extrait)

**Document 1. Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.**

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

**Document 2 : CE, Ass., 30 octobre 1998, Sarran Levacher et autres, Rec. 369, RFDA 1998.1081 (extrait)**

« Cons. que si l'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que le décret attaqué, en ce qu'il méconnaîtrait les stipulations d'engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre interne, serait par là même contraire à l'article 55 de la Constitution, ne peut lui aussi qu'être écarté ».

**Document 3 : Pierre Dévolvé, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant et Buno Génévois, « Sarran », GAJA , 22<sup>o</sup> édition, (extrait)**

1. S'il fait intervenir le Conseil d'État en sa qualité de juge de la légalité d'un acte administratif, l'arrêt *Sarran*, par les solutions qu'il consacre, déborde du cadre du droit administratif. Cela tient à ce que le décret contesté devant le juge de l'excès de pouvoir a été pris sur le fondement de dispositions constitutionnelles. Il s'agit de l'article 76 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 20 juil. 1998. L'article 76 nouveau, poursuit un triple objectif. Il énonce que les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 déc. 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998. Il se réfère pour la détermination des personnes admises à participer à ce scrutin au corps électoral restreint en raison d'une condition de domicile de dix ans dans le territoire. Il renvoie enfin à un décret le soin de fixer « les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin ». A ce titre, a été pris le décret du 20 août 1998, dont plusieurs personnes domiciliées en Nouvelle-Calédonie, mais non admises à participer à la consultation fixée par le décret, au 8 nov. 1998, ont contesté la légalité. Il était soutenu notamment que l'institution d'un corps électoral restreint était contraire à plusieurs dispositions constitutionnelles et méconnaissait en outre, les engagements internationaux de la France.

Le Conseil d'État a statué sur les pourvois par une décision rendue le 30 oct. 1998, soit à une date antérieure à celle de la consultation. Conformément aux conclusions de Mme Maugué, commissaire du gouvernement, il en a prononcé le rejet. Il lui a fallu par là même prendre position et sur le point de savoir s'il peut écarter l'application d'une loi Constitutionnelle au motif qu'elle serait incompatible avec un traité (I), et sur la portée de plusieurs dispositions de la Constitution (II).

**I.- Le juge administratif ne peut écarter l'application de la Constitution**

Depuis l'arrêt *Nicolo* du 20 oct 1989, le Conseil d'État, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 55 de la Constitution accepte de faire prévaloir un engagement international, même à l'égard d'une loi interne qui lui est postérieure. Les requérants invitaient le juge administratif à aller plus avant en écartant l'application de l'article 76 de la Constitution au motif qu'il méconnaîtrait le principe d'égalité consacré par plusieurs engagements internationaux et en particulier le Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'assemblée du contentieux a refusé de s'engager dans cette voie. Après avoir cité le texte de l'article 55 de la Constitution, elle s'est bornée à constater que la suprématie conférée par cet article aux engagements internationaux « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

**A.- La motivation adoptée revêt une double signification**

2. 1<sup>o</sup>) L'accent mis sur le fait que la portée du traité est appréhendée « dans l'ordre interne » implique que le Conseil d'État n'a pas entendu remettre en cause le « principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne » (*cf.* avis de la Cour internationale de la justice du 26 avr. 1988, Accord de siège États-Unis-ONU). Mais ce principe ne déploie son plein effet que dans l'ordre juridique international. Le juge national ne peut en imposer le respect que dans la mesure où son propre ordre juridique, dans lequel la Constitution tient une place essentielle, lui confère un titre l'habilitant à faire prévaloir la norme internationale sur la norme interne quelle qu'elle soit.

3. 2<sup>o</sup>) Or force est pour le Conseil d'État de constater que l'article 55, s'il consacre la suprématie du traité sur « les lois », ne vise pas la loi Constitutionnelle. L'arrêt *Sarran* procède ainsi à une lecture « quasi notariale du texte constitutionnel qui

ne saurait être très favorable à la norme internationale » (cf. L. Dubouis, RFDA 1999.58). Tout en reconnaissant qu'il était difficile pour le Conseil d'État de statuer autrement sans entrer en conflit avec le pouvoir constituant, plusieurs commentateurs ont estimé que le Conseil aurait dû se référer, non seulement aux dispositions de l'article 55, mais aussi à celles du 14<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Aux termes de ce texte, « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Or le Conseil constitutionnel a jugé qu'au nombre de celles-ci, figure « la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » (n° 92-308 DC, 9 avri. 1992, Rec. 55). Mais le silence de la décision sur ce point ne saurait surprendre. Outre le fait que les dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 n'étaient pas invoquées par les requérants, il est douteux que le Conseil d'État aurait accepté d'y voir une habilitation à écarter l'application de la Constitution. Antérieurement à l'arrêt *Sarran*, il avait jugé que, si les dispositions du 14<sup>e</sup> alinéa du Préambule consacraient la place de la coutume internationale, elles ne l'habilitaient pas à faire prévaloir cette dernière sur la loi en cas de conflit entre ces normes (CE Ass. 6 juin 1997 *Aquarone*, Rec. 206 ; v. n°86.17).

4. On relèvera que la Cour de cassation lorsqu'elle a été appelée à connaître d'un problème semblable à celui tranché par le Conseil d'État ne s'est pas non plus référée au Préambule de la Constitution de 1946. Le juge judiciaire a été en effet invité à se prononcer sur la conventionalité d'une part des dispositions de l'art. 77 de la Constitution issues de la loi constitutionnelle du 20 juill. 1998 qui prévoient également, par référence à l'accords de Nouméa du 5 mai 1998, un corps électoral restreint pour les élections au congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie et, d'autre part, de la loi organique du 19 mars 1999 prise sur leur fondement. Il s'est refusé à exercer un tel contrôle, non seulement à l'égard de la Constitution mais aussi, ce qui est moins évident, de la loi organique, comme les termes il est vrai reprenaient en substance les dispositions de valeur constitutionnelle relatives au corps électoral restreint (Ass. Plén. 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, Bull. Ass. Plén., n°4, p. 7 ; RD publ. 2000.1037, note Prétot, Europe août-sept. 2000, p. 3, note Simon ; RGDIP 2000 p. 811, note Poirat et p. 985, comm. Ondoua ; D.2000.865, note Mathieu et Verpeaux ; LPA 11 déc. 2000, note Jean ; Gaz. Pal. 24-28 déc. 2000, note Flauss ; JCP 2001.II.10454, note de Foucauld).

## **B.- Les implications de la position adoptée par le Conseil d'État**

5. 1°) Il a été souligné que le Conseil d'État dès lors qu'il assure par son attitude la primauté de la Constitution sur le traité peut, par là même contribuer à ce que la responsabilité internationale de la France se trouve, le moment venu engagée. Mme Maugué n'a pas manqué de le relever dans ses conclusions, tout en indiquant que les engagements internationaux dont la violation était invoquée garantissant le droit à des élections libres à une assemblée législative, mais sans ouvrir un droit général à participer à une consultation référendaire. Lorsqu'elle a eu à se prononcer, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas adopté un point de vue autre (CEDH, 11 janv. 2005, *Py* ; RFDA 2006.139, note Robolot-Troizier et Sorbara ; Rev. Jur. Pol. Eco. De Nouvelle-Calédonie, n°1-2005, p. 42, note P.Jean ; JCP 2005.I.159, n°20, obs. Sudre) si bien qu'aucune violation par la France de ses obligations internationales n'a été relevée.

6. 2°) En revanche, rien n'indique que le Conseil d'État ait entendu sur un plan général se faire juge de la conformité d'un traité à la Constitution, ou que la position qu'il a adoptée doive conduire à terme à se faire juge de la constitutionnalité des lois par la voie de l'exception.

a) Par l'arrêt *Sarran* le Conseil d'État a jugé qu'il ne pouvait écarter l'application de la loi constitutionnelle en s'appuyant sur les engagements internationaux souscrits par la France. Mais cela ne signifie nullement qu'à l'avenir il n'assurera la primauté d'un traité sur la loi qu'après vérification préalable de la conformité de ce traité à la Constitution. Il est vrai que par un arrêt postérieur (Ass. 18 déc. 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim* ; Rec. 283 ; v. n°3.8) le Conseil d'État a contrôlé le respect par l'exécutif des dispositions constitutionnelles qui exigent que pour certains traités, tels ceux qui modifient des dispositions législatives, la ratification soit autorisée par le Parlement. Mais un tel contrôle porte sur la régularité de la procédure suivie par l'exécutif pour introduire un traité dans l'ordre interne au regard de l'article 53 de la Constitution et non sur la conformité du traité au texte constitutionnel (CE Ass. 9 juill. 2010, *Fédération nationale de la libre-pensée*, Rec. 268, concl. Keller ; v. n°3.8).

b) il est donc hasardeux d'avancer que le Conseil d'État se pose désormais en « censeur des traités » et par la même en « censeur des lois ». Postérieurement à l'arrêt *Sarran*, le Conseil d'État a d'ailleurs continué d'affirmer qu'il ne lui appartient pas au contentieux d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution (Ass. 5 mars 1999, *Rouquette*, Rec. 37 ; v.n°101.3). Si l'arrêt *Nicolo* a ouvert la voie à un contrôle de conventionalité de la loi, e dernier ne doit pas être confondu avec le contrôle de constitutionnalité dont le Conseil constitutionnel est

seul investi : en vertu de l'article 61 de la Constitution de 1958 avant la promulgation de la loi et, à l'encontre des lois en vigueur, sur le fondement de l'art. 61-1 ajouté à la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juill. 2008, article dont le premier alinéa est ainsi libellé : « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

7. 3°) Les termes de l'arrêt *Sarran* ne réservant pas un sort particulier au droit de l'Union européenne, la suprématie de ce dernier ne saurait prévaloir, dans l'ordre interne, sur la Constitution (CE 3 déc. 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, Rec. ? 624 ; dr. Fisc. 2002.806, concl. Fombeur ; DA 2002, n°55, note Cassia ; Europe avr. 2002, note Rigaux et Simon ; AJ 2002.1219, note Valembos ; RMCUE 2002.595, note Chaltiel ; RTD eur. 2003.197, art. Castaing ; TDP 2003.139, note Lefeuvre). Tout en réaffirmant la primauté de la Constitution, le Conseil constitutionnel a cependant interprété de façon originale l'art. 22-1, issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 et aux termes duquel « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leur compétences ». Pour lui, l'art 88-1 fonde une exigence constitutionnelle de « transposition en droit interne d'une directive communautaire », « à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire à la Constitution » (CC n°2004-496 DC, 10 juin 2004, Rec. 101 ; AJ 2004, p. 1385, obs. Cassia, p. 1497, obs. Verpeaux, p. 1535, note Arrighi de Casanova, p. 1537, note M. Gautier et F. Melleray ; RFDA 2004.651, note Genevois ; D. 2004.1739, note Mathieu ; D. 2004.3089, note Bailleul ; D. 2005.199, note Mouton ; LPA note Chaltiel ; JCP 2004.II.10116, note Zarka ; RD publ. 2004.878, note Camby, p. 889, note Levade, p. 912, note Roux ; LPA 12 août 2004, note Monjal ; Europe Août-sept. 2004, note Magnon ; AJ 2004.2261, chr. J.-M Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; RA 2004.590, comm. Gadhoun ; JCP Adm. 2004.1266, note Gohin ; RRJ 2004 (3).1841, note Biroste ; RTD civ. 2004.605, comm. Encinas de Munagorri ; RGDIP 2004.1053, note Haupais ; RFDC n°61-2005, p. 147, note Dupré ; ADE 2004.879, note Fines). Contrairement à ce qui a été parfois soutenu, cette jurisprudence ne traduit nullement la suprématie de l'ordre juridique communautaire sur la Constitution. Elle se borne à déduire d'un article de la Constitution, l'art. 88-1, une obligation

constitutionnelle de transposition des directives communautaires sous certaines réserves. Le Conseil d'État s'est rallié à la lecture faite par le juge constitutionnel de l'art. 88-1, tout en maintenant un contrôle de constitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive, par son arrêt du 6 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, commenté plus avant.

8. Le débat sur la place respective de la Constitution et du droit de l'Union européenne a rebondi à la faveur de la mise en œuvre, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010, des dispositions de la loi organique du 10 déc. 2009 prises pour l'application de l'art. 61-1 de la Constitution. Le législateur organique a entendu en effet conférer un caractère prioritaire à la question de constitutionnalité soulevée devant les juridictions ordinaires par rapport au contrôle de conventionalité. D'où l'emploi des mots « *question prioritaire de constitutionnalité* » (QPC), pour désigner le contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception. La Cour de cassation a nourri des doutes sur cette priorité d'examen au regard de la primauté et de l'effet direct du droit de l'Union européenne et a procédé à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice (Cass. 16 avr. 2010, *Aziz Melki*, n°10-40.001). Avant même que la Cour de Luxembourg ne se soit prononcée, aussi bien que le Conseil Constitutionnel (CC n°2010-605 DC, 12 mai 2010, Rec. 78) que le Conseil d'État (CE 14 mai 2010, *Rujovic*, Rec. 165 ; RFDA 2010.709, concl. Burguburu), ont relativisé le caractère prioritaire de la procédure instituée par la loi organique. Selon les termes de l'arrêt *Rujovic*, cette procédure ne fait pas obstacle à ce que le juge administratif « juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de la procédure, lorsque l'urgence la commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ». Dans la mesure où le Conseil d'État évoque la suspension possible des effets « de la loi », il n'y a pas de remise en cause de la jurisprudence *Sarran*. Ainsi relativisée dans ses effets, la « priorité » établie par la loi organique n'a pas été regardée comme contraire au droit de l'Union européenne par la Cour de justice (CJUE 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. Jointes C-188/10 et C-198/10 ; GACJUE, n°69). L'articulation du contrôle de conventionalité et du contrôle de constitutionnalité de la loi par le biais de la QPC peut néanmoins soulever des difficultés dans certains cas. Il en a été ainsi à propos de la contestation au regard du principe d'égalité, d'une disposition de la loi fiscale dont il est soutenu qu'elle méconnaît les objectifs d'une directive et ne peut être appliquée de ce fait qu'aux seules situations hors du champ de cette directive, entraînant ainsi une discrimination « à rebours ». Dans la mesure où l'interprétation de

la directive soulève une difficulté sérieuse et conditionne l'interprétation et la comptabilité de la loi au droit de l'Union européenne, le Conseil d'État a procédé à un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg, tout en laissant ouverte la possibilité pour le requérant de le saisir à nouveau d'une QPC, au vu de la réponse donnée à la question préjudicielle (CE Ass. 31 mai 2016, Jacob, Rec. 191, concl. Cortot-Boucher ; RFDA 2016.989, concl., note Labayle et Mehdi ; AJ 2016.1392, chr. L. Dutheillet de Lamothe et Odinet ; JCP 2016.759, note B. Bonnet ; Gaz. Pal. 11 oct. 2016, note Seiller ; Nouv. Cah. CC, n°53. P. 99, chr J. Bonnet et Roblot-Troizier, et p. 171, chr. Austray ; TRD eur. 2017.39, note Jauréguibéry ; JCP adm. 2017.2077, note Diloard). »

**Document 4. CE, Ass, 6 juin 1997, M.Aquarone, n°148683, publié au Recueil Lebon (extrait).**

« Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie" ; que ni cet article ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes ; qu'ainsi, en écartant comme inopérant le moyen tiré par M. X... de la contrariété entre la loi fiscale française et de telles règles coutumières, la cour administrative d'appel, qui a également relevé que la coutume invoquée n'existait pas, n'a pas commis d'erreur de droit ; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. X... n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué, qui est suffisamment motivé ; »

**Document 5. CE, 3 décembre 2001, Synd. National de l'industrie pharmaceutique et a., n°226514, publié au Recueil Lebon (extrait).**

« Considérant par suite qu'il n'y a pas en raison de l'intervention de l'article 30 de la loi précitée, dont le décret attaqué fait application, d'atteinte à la chose jugée par l'arrêt rendu le 8 juillet 1999 par la Cour de justice des communautés européennes, ni davantage de méconnaissance de la chose jugée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux dont la décision d'annulation du 15 octobre 1999 concernait une autre imposition ; que dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle, l'argumentation des requêtes qui s'efforce de rattacher la prétendue atteinte à la chose jugée par le juge communautaire et par le juge national à la

violation de traités régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne ne peut qu'être écartée ; qu'ainsi, les requérants ne peuvent utilement se prévaloir d'une incompatibilité de la loi servant de support au décret attaqué, d'une part, avec les stipulations des engagements internationaux qu'ils invoquent, qu'il s'agisse de l'article 10 du traité instituant la Communauté européenne qui fait obligation aux Etats membres d'assurer l'exécution des obligations découlant du traité, de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un procès équitable, de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention relatif au droit de propriété et, d'autre part, avec des principes généraux de l'ordre juridique communautaire déduits du traité instituant la Communauté européenne et ayant la même valeur juridique que ce dernier, qu'il s'agisse du principe de la confiance légitime et du principe de la sécurité juridique applicables aux situations régies par le droit communautaire, du principe de loyauté qui se confond d'ailleurs avec le respect de l'article 10 du traité CE ou encore du principe de primauté, lequel au demeurant ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution ; »

**Document 6 : Article 60 de la Convention de Vienne.**

*Article 60 -Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation*

1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.

2. Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise :

a) les autres parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci :

i) soit dans les relations entre elles-mêmes et l'État auteur de la violation,

ii) soit entre toutes les parties;

b) une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'État auteur de la violation ;

c) toute partie autre que l'État auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par

une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité.

3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :

a) un rejet du traité non autorisé par la présente Convention ; ou

b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.

4. Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation.

5. Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités.

**Document 7. CE, Ass, 29 mai 1981, Rekhou, n°15092, publié au Recueil Lebon,(extrait).**

« Considérant qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie" ; qu'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions d'exécution par l'autre partie d'un traité ou d'un accord sont de nature à priver les stipulations de ce traité ou de cet accord de l'autorité qui leur est conférée par la Constitution ; que, par des observations produites le 2 novembre 1998, le ministre des affaires étrangères a fait savoir que les stipulations précitées de l'article 5 de la déclaration relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie ne pouvaient être regardées comme ayant été en vigueur à la date de la décision attaquée dès lors que, à cette date, la condition de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution n'était pas remplie ; que, par suite, la requérante n'est pas fondée à invoquer ces stipulations ; »

**Document 8. CE, Ass, 9 juillet 2010, Mme Cheriet-Benseghir, n°317747, publié au Recueil Lebon, (extrait)**

« Considérant qu'aux termes du 14<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : La République française, fidèle à ses traditions, se

conforme aux règles du droit public international ; qu'au nombre de ces règles figure la règle *pacta sunt servanda*, qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ; qu'il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie ; »

**Document 9. Louis. Dubouis, « art 3. La condition de réciprocité », In L. Dubouis, « Droit international et juridiction administrative », Dalloz, Janvier 2006, actualisation novembre 2018 (en ligne)**

**« Art. 3 - Condition de réciprocité**

**§ 1<sup>er</sup> - Notion de réciprocité**

**41.** En droit international le problème de la réciprocité se présente au stade de l'application du traité comme celui des conséquences de la violation des dispositions d'un traité par une ou plusieurs parties. Il est admis qu'une partie peut se prévaloir de cette violation pour suspendre ou dénoncer l'application du traité. L'article 60 de la Convention de Vienne (préc. *supra*, n° 13) l'accepte au cas de violation substantielle mais subordonne l'exercice de ce droit à la mise en œuvre d'une procédure contraignante débouchant sur un mécanisme de conciliation (Convention de Vienne, art. 65 et s.). Et dans son avis du 21 juin 1971 concernant la Namibie, la CIJ a affirmé l'existence « du principe général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé pour tous les traités » (CIJ, AC, 21 juin 1971, conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, Rec. CIJ, p. 47).

**42.** La Constitution française présente deux acceptions différentes de la notion de réciprocité. L'article 55 se réfère comme le droit international à la réciprocité

dans l'application (ou exécution) du traité en opérant une réserve pour le cas de non-application par l'autre partie. Mais la notion de réciprocité est également consacrée dans le 15<sup>e</sup> alinéa de la Constitution de 1946 – incorporé dans la Constitution de 1958 – qui prévoit que « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Ainsi que la jurisprudence constitutionnelle l'a bien marqué, il s'agit alors simplement de la réciprocité dans l'engagement. Le respect de l'exigence de réciprocité d'engagement des autres États parties au traité est assuré par le Conseil constitutionnel avant l'intégration du traité dans l'ordre juridique interne (Décis. Cons. const. n° 70-39 du 19 juin 1970, Rec. Cons. const., p. 15 ; n° 76-71 des 29-30 déc. 1976, *ibid.* p. 15 ; n° 92-308 DC du 9 avr. 1992, Maastricht I, *ibid.* p. 55). Le Conseil d'État se refuse à examiner si une convention internationale offre aux ressortissants français la réciprocité des droits accordés aux étrangers car cette réciprocité n'est pas celle qu'implique l'article 55 de la Constitution (CE 12 avr. 1991, Abbad, Rec. CE, p. 710, 936, 1085, Annuaire fr. dr. int. 1992. 1042, obs. J.-F. Lachaume).

## § 2 - Portée de la réserve de réciprocité instituée par l'article 55 de la Constitution

43. Il faudra attendre les deux arrêts d'assemblée du 29 mai 1981 (Rekhou et Bellil, Rec. CE, p. 220, AJDA 1981. 459, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre, Rev. crit. DIP 1982. 65, note P. Lagarde, RGDI publ. 1982. 407, note C. Blumann) pour que le Conseil d'État accepte de contrôler si la condition de réciprocité qu'institue l'article 55 de la Constitution est bien remplie.

### ACTUALISATION

43 s. **Le Conseil d'État contrôle seul la condition de réciprocité dans l'application des traités.** - Le Conseil d'État s'estime compétent pour examiner la condition de réciprocité en matière d'application des traités internationaux, et cela après avoir recueilli les « observations » du ministre des Affaires étrangères et éventuellement celles de l'État en cause (CE 9 juill. 2010, req. n° 317747 , M<sup>me</sup> Cheriet-Benseghir).

44. Le moyen tiré du non-respect de la réciprocité n'est pas d'ordre public (CE sect. 25 janv. 1969, Costa, Rec. CE, p. 496). Il importe donc qu'il soit soulevé par l'une des parties au litige. Lorsque le moyen est invoqué devant lui, le juge administratif sursoit à statuer, renvoie la solution au ministre des Affaires étrangères et se conforme à la réponse donnée à ce dernier. Cette position, adoptée en 1981 (CE 29 mai 1981, Rekhou, préc.), a été maintenue même après l'arrêt GISTI du 29 juin 1990 (V. *infra*, n° 76), par lequel le juge administratif s'est reconnu compétent pour interpréter les traités, alors qu'une partie importante de la doctrine pensait qu'elle devait être abandonnée (CE ass. 9 avr. 1999, M<sup>me</sup> Chevrol-Benkeddach, Rec. CE, p. 115 , AJDA 1999. 401, chron. F. Raynaud et P. Fombeur 

, RFD adm. 1999. 937, note J.-F. Lachaume ). En sa faveur, on peut faire valoir que l'exécution ou l'inexécution par l'autre partie ne soulève pas un problème d'interprétation du traité et que le juge est moins bien placé que l'exécutif pour apprécier le comportement de l'État tiers partie au traité, cette appréciation étant plus politique que juridique. Mais cette mutilation de la fonction juridictionnelle est-elle conforme à l'exigence d'un procès équitable ?

45. À cette jurisprudence, deux critiques majeures peuvent être adressées. Dans un nombre non négligeable de cas, lorsque le recours est dirigé contre l'État, le renvoi au ministre fait qu'une question qui conditionne la solution du litige sera tranchée par une autorité partie à celui-ci ou à tout le moins « intéressée au premier chef par son issue » (J.-F. LACHAUME, note préc., RFD adm. 1999. 940 ). En toute hypothèse, le fait que l'avis donné par le ministre s'impose au juge soustrait la solution de cette question au débat contradictoire et à toute possibilité de recours. C'est en se fondant sur ce second argument que dans l'affaire Chevrol c/France la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 13 févr. 2003, AJDA 2003. 1984, note Th. Rambaud ) a jugé que le renvoi au ministre des Affaires étrangères, dans les conditions dans lesquelles il était pratiqué, privait le requérant du droit « d'accès à un tribunal s'étant reconnu une compétence suffisante pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour statuer sur le litige » et violait l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Conv. EDH. Si l'on en croit des commentateurs particulièrement bien informés, « il est probable que le Conseil d'État se ralliera à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg lorsqu'il rencontrera de nouveau la condition de réciprocité » (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15<sup>e</sup> éd., 2005, Dalloz, n° 98. 8). La conséquence logique serait que, comme en matière d'interprétation des traités (V. *infra*, n° 77), le juge administratif continue à saisir le ministre des Affaires étrangères lorsqu'il le juge utile, mais à titre purement consultatif et tout en ouvrant aux parties la possibilité de faire valoir leurs observations sur l'avis rendu.

46. D'ores et déjà, il est acquis que la réserve de réciprocité ne joue pas à l'encontre de tous les traités. Son application aux traités multilatéraux a été contestée sur la base d'une lecture littérale de l'article 55 de la Constitution qui se réfère pour chaque accord ou traité à « son application à l'autre partie ». Mais il est loin d'être certain que cet argument de texte soit déterminant (J.-F. LACHAUME, note préc. [*supra*, n° 44]). Aussi bien n'a-t-il reçu consécration ni de la part du juge administratif ni de la part du juge judiciaire. En revanche, plusieurs catégories de traités sont considérées comme échappant à l'emprise de la réserve de réciprocité.

47. Il s'agit d'abord des traités communautaires (ainsi, du reste, que des autres normes communautaires). Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE 13 nov. 1964, Commission c/Luxembourg et Belgique, aff. jointes 90 et 91/63, Rec. 1217 ; 25 sept. 1979, Commission c/France, aff. 232/78, Rec. 2729), l'exception tirée de l'inexécution de la norme communautaire par un autre État membre ne trouve aucune place dans le système communautaire puisque les États y disposent de voies de droit (notamment le recours en manquement) pour faire sanctionner ce manquement. Ayant reçu l'adhésion des autres juridictions françaises, ce principe n'a jamais été contesté par le juge administratif (Conseil d'État, La norme internationale..., *op. cit.*, p. 54 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 96-7).

48. Il en va de même pour les conventions internationales qui consacrent les droits de l'homme et libertés fondamentales, à commencer par la Conv. EDH (CE 22 mai 1992, Mme Larachi, Rec. CE, p. 203). Ce faisant, le Conseil d'État se conforme non seulement à la position adoptée par les autres juridictions françaises, à commencer par le Conseil constitutionnel (Décis. Cons. const. n° 98-408 DC du 22 janv. 1999, Cour pénale internationale, Rec. Cons. const., p. 29), ou européennes (CEDH 18 janv. 1978, Irlande c/Royaume-Uni, Ann. CEDH, p. 603), mais également au principe consacré par l'article 60 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qui exclue la condition de réciprocité en ce qui concerne les « dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire ».

49. Quelles sont les conséquences de la non-réciprocité d'application par l'autre partie lorsqu'elle est retenue ? La rédaction de l'article 55 de la Constitution a engendré débat. Prise à la lettre, cette disposition implique simplement que les traités ne disposent pas d'une autorité supérieure à celle des lois. C'est en ce sens que s'est prononcé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 80-126 DC du 30 décembre 1980, loi de finances pour 1981 (Rec. Cons. const., p. 89). Simple « descente au purgatoire de la hiérarchie des normes » (J.-F. LACHAUME, note préc. [*supra*, n° 44]) ! Mais, dans l'arrêt Mme Chevrol-Benkeddach (9 avr. 1999, préc. *supra*, n° 44), le Conseil d'État paraît bien avoir consacré une autre solution, l'inapplicabilité du traité en droit interne, puisqu'il dénie à la requérante la possibilité d'invoquer les dispositions du traité. Cette solution est à la fois plus

simple et plus conforme à la problématique traditionnelle de la réciprocité.

;

---

**Document 11. Henry-Michel CRUCIS, « Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir », L.G.D.J., Paris, 1991. (extrait)**

#### « INTRODUCTION

La notion de combinaisons des normes dans le contentieux administratif de la légalité semble renvoyer a priori à la notion d'ordre juridique et à la modalité principale permettant d'en assurer le respect que constitue le rapport hiérarchique entre les normes.

De ce point de vue en effet, J.-F. LACHAUME, par exemple, estime que « la notion de hiérarchie des actes joue un rôle capital dans la construction et l'explication de l'ordre juridique. C'est par elle que se combinent, s'ordonnent, s'harmonisent au sein d'un système juridique les différentes sources du droit. Qu'il s'agisse de l'ordre international (...), ou de l'ordre juridique interne où les conflits de règles se résolvent par la structure hiérarchisée de cet ordre »<sup>1</sup>.

Cependant, le principe hiérarchique, même s'il est le plus classique et le plus fréquent, n'est pas la seule technique juridique ayant permis et permettant de donner à notre système juridique toute sa solidité et toute sa cohérence.

Cette étude a justement pour objet l'analyse de la « panoplie » d'outils juridiques et son utilisation par le juge administratif.

(...)

#### § 1- IMPORTANCE ET INSUFFISANCE DE LA COMBINAISON HIERARCHIQUE ENTRE LES NORMES

A la fin du siècle dernier, LAFERRIERE constatait que « nos lois administratives sont des lois d'organisation et d'action, qui se préoccupent plus d'assurer la marche des services publics que de prévaloir et de résoudre des difficultés juridiques »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, LGDJ, 1996, p. 1.

<sup>2</sup> Traité de la juridiction administrative, Berger-Levrault, 1896, Introductoin, p. XII (réédité par LGDJ, 1990).

Mais ces difficultés juridiques ne se ramènent-elles pas toutes, au donc, à des conflits, à des contrariétés entre des règles juridiques dont la différence de valeur permet, par cela même qu'elles s'intègrent dans la « structure pyramidale » de notre droit, selon l'expression de KELSEN<sup>3</sup> et en vertu du principe de légalité ou de « juridicité », de faire prévaloir celles d'entre elles qui sont supérieures aux autres et d'invalider ces dernières lorsqu'elles méconnaissent les premières ?

A - De nombreux observateurs se sont effectivement rangés à ce dernier point de vue. SCELLE constate ainsi que « un groupe de juristes considérables a soutenu que le juge, tenu d'appliquer le Droit, c'est-à-dire « tout le Droit » de l'ordre juridique, devait résoudre les conflits de normes selon la hiérarchie de celles-ci »<sup>4</sup>. Encore, le Doyen CARBONNIER note que « la hiérarchie des actes permet de mettre de l'ordre dans le chaos des différents textes relatifs à une autre matière »<sup>5</sup>. GOUR relève également qu'« il faut dans tout ordre juridique étatique une hiérarchie plus ou moins stricte entre les textes du droit positif. Cette échelle de valeur constitue le seul instrument d'analyse rationnel du système. Elle a une utilité pratique puisqu'elle permet de lever d'éventuelles contradictions entre des textes de valeurs juridiques différentes et d'assurer le maintien d'une légalité cohérente »<sup>6</sup>.

Plus globalement, ce point de vue très partagé s'enracine dans la théorie de la formation du droit par degrés (ou Stufentheorie), élaborée par l'École Normativiste et selon laquelle, pour reprendre l'aperçu qu'en a donné BONNARD : « Dans l'ordonnement juridique, les normes se présentent en une série de degrés hiérarchisés dans chacun desquels on trouve le même phénomène de création et d'exécution du droit (...) ainsi qu'une concrétisation croissante de l'ordonnement juridique, tout cela parce que les normes de chaque degré conditionnent les normes de degré inférieur »<sup>7</sup>.

B - Progressivement cependant, le caractère dogmatique de cette théorie d'explication absolue a été mis en relief, contribuant ainsi à en ébranler sinon les fondamentaux, du moins la solidité. Ainsi, H. CAPITANT écrit que « la hiérarchie des lois et des

décrets est subjective, en ce sens que la valeur des décrets varie toujours en fonction de l'habilitation du législateur. Un décret est toujours inférieur à la loi dont il découle, mais il peut être supérieur aux autres lois, si le législateur l'habilite à les abroger ou à les modifier. La hiérarchie s'établit non pas entre deux degrés de l'ordre juridique -comme l'enseigne KELSEN et la majorité des auteurs - mais entre chaque loi et les décrets qui en dépendent ; c'est une hiérarchie relative et non absolue »<sup>8</sup>. Relativité confirmée par P. AMSELEK pour lequel « la réalité (...) est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que le schéma Kelsénien ne le laisse apparaître : les différentes autorités publiques tirent le principe de leur compétence normative de catégories de normes juridiques les plus diverses qui ne s'articulent nullement, de ce point de vue, selon une échelle continue »<sup>9</sup>.

J.F LACHAUME lui-même, dans son ouvrage précité, formule quelques doutes à l'encontre de la valeur explicative du principe hiérarchique en notant, par exemple, qu'« aux actes administratifs, autrefois réduits aux seuls actes des autorités administratives, sont venus s'ajouter des actes également administratifs, sans que leurs auteurs aient cette qualité. Certes, on peut recenser ces actes, mais lorsqu'il est nécessaire de les grouper, d'établir entre eux des rapports hiérarchiques, la tâche s'avère dure, voire impossible, car il n'est pas possible de situer les auteurs les uns par rapports aux autres. On a l'impression d'être en face d'un puzzle dont toutes les pièces n'appartiendraient pas au même jeu »<sup>10</sup>, que « si les autorités non intégrées dans la hiérarchie administratives et possédant compétence pour édicter les actes administratifs devaient se multiplier, nous serions à la limite dans l'impossibilité d'établir une hiérarchie entre ces actes »<sup>11</sup>.

Sur d'autres points que le rang des auteurs des normes, des observateurs ont repris la critique dressée contre le principe hiérarchique. Par exemple, le Professeur CHAPUS, s'interrogeant sur le problème « de la soumission au droit des règlements autonomes »<sup>12</sup>, et sur le rapport de ces derniers avec la loi, « aperçoit évidemment le parallogisme qui entache ce raisonnement « reconstitué » : de l'absence de rapport de subordination entre deux

<sup>3</sup> Cf. aussi M. TROPER, La pyramide est toujours debout, RDP, 1978, p. 1523 et s.

<sup>4</sup> Manuel de Droit international public, Ed. Domat, 1943, p. 413.

<sup>5</sup> Droit civil, PUF, 1962, T. 1, p. 82-83.

<sup>6</sup> Hiérarchie des textes et respect de la légalité en droit public cambodgien, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Phnom-Penh, Vol. IV, 1962, p. 9.

<sup>7</sup> La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf MERKL, RDP, 1928, p. 666, spéc.

p. 678. Voir KELSEN, Théorie pure du droit, trad. C. EISENMANN, Dalloz, 1962.

<sup>8</sup> Les principes du Droit public, Cours de doctorat, 1955-56, Les Cours du Droit, p. 216.

<sup>9</sup> Réflexions critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique, RDP, 1978, p. 5 et s. ; spéc. p. 13-14.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 166.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 165.

<sup>12</sup> D. 1960, chron. P. 119.

normes, ont conclut à leur égalité, en omettant de tenir compte qu'elles n'ont pas de contact, chacune étant cantonnée dans son domaine »<sup>13</sup>.

De même, à propos de la place hiérarchique des principes généraux du droit et de leurs rapports avec les lois, A.-S. MESCHERIAKOFF, « d'une manière qui nous paraît forcer la conviction », reconnaît le Professeur AUBY<sup>14</sup>, affirme que « la relation qui s'établit entre les deux notions n'est pas un rapport de norme inférieure à norme supérieure » mais que, « leurs relations mutuelles relèvent de la combinaison entre lois générales et lois spéciales »<sup>15</sup>.

Plus simplement, de nombreux acteurs, de tous horizons, se contentent d'observer ce phénomène de « l'abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux »<sup>16</sup> rendant leur rapport hiérarchique inopérant, inefficace. CARBONNIER constate de la même façon que « les règles ne viennent pas se ranger sagement les unes à côté des autres, chacune avec sa fonction propre : elles se recoupent, et il faut les concilier ou les combiner, si bien que chaque cas demande une recherche préalable du droit qui a vocation de les régir »<sup>17</sup> ; LAFONT et MEYER que « les lois nouvelles se juxtaposent respectueuses des principes originels, mais pressées de répondre aux nouvelles exigences, elles se contredisent, s'affaiblissent, s'usent »<sup>18</sup>. F. MODERNE constate « des principes et des règles qui se télescopent malencontreusement »<sup>19</sup>. J.-M. AUBY relève avec pertinence qu'« aux étages inférieurs, la hiérarchie a l'allure d'une efflorescence : entre les actes administratifs existe une série d'étagements »<sup>20</sup> et que « la difficulté est encore accrue par le fait que les ordres juridiques à l'intérieur desquels s'établit une hiérarchie ne sont pas forcément indépendants et qu'il peut y avoir entre eux des sortes d'emboîtements qui obligent à ajuster deux hiérarchies l'une par rapport à l'autre »<sup>21</sup>. Le Conseiller d'État SCHMELTZ note que « la substitution d'une législation à l'autre peut parfois exiger du juge des contrôles délicats de légalité et faire appel à des combinaisons périodiques fort complexes »<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 125.

<sup>14</sup> Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, *Éléments de problématique*, Mél. PELLOUX, ed. Lhermès, 1980, p. 21, spéc. p. 33.

<sup>15</sup> La notion des principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, AJDA 1976, p. 596, spéc. p. 606 et s.

<sup>16</sup> LAFERRIERE, op. cit., p. XII.

<sup>17</sup> Flexible droit, 1971, p. 115.

(...)

Sur le même ton, F. MODERNE<sup>23</sup> écrit encore que « la hiérarchie des normes en droit public conditionne la nature et l'efficacité des différentes formes de contrôle qui en assurent le respect, en premier lieu le contrôle juridictionnel. Or on assiste en la matière - notamment depuis la constitution de 1958 - à une diversification des normes à hiérarchiser et à une prolifération des « étagements hiérarchiques » possibles, dont la combinaison s'avère aléatoire, associant pêle-mêle des éléments de droit international, de droit constitutionnel, et de droit administratif interne, outre les interventions de juges (constitutionnel, administratif et judiciaire). S'il est vraisemblable que les données d'ordre socio-politique ne sont pas étrangères au caractère nébuleux de certains rapports, il n'en demeure pas moins que la recherche des hiérarchies normatives est à la base de la configuration de l'ordre juridique auquel on se réfère traditionnellement, sans toujours prendre conscience des mouvements internes qui l'agitent en tous sens et sans interruption ».

Ainsi, au risque de se répéter, il convient de relativiser à nouveau cette technique, qui a absorbé toutes les autres et qu'il convient par conséquent de replacer parmi les autres techniques combinatoires.

Certes, le critère hiérarchique peut se révéler efficace, et le juge y fait appel : ainsi peut-il décider que des deux bases juridiques A et B concurrentes pour fonder un acte d'application, c'est l'acte A qui est applicable dans la mesure où il a une valeur juridique supérieure à l'acte B, ou encore qu'il importe peu que l'acte d'application soit contraire à l'acte B car il est conforme à l'acte A lui-même supérieur à l'acte B.

Mais, en de nombreuses occasions, le rapport hiérarchique peut se révéler inefficace pour de multiples raisons. Cela peut tenir lieu en premier lieu au fait qu'il est parfois inutilisable dans le processus de combinaisons. Ainsi, lorsqu'on est en présence de deux actes de même valeur (loi-loi par exemple) ou de deux normes de même valeur (dispositions 1 dans décret A- disposition 2 dans le même décret A) celle qui sera retenue, en cas de conflit ou de concurrence,

<sup>18</sup> Justice en miette, PUF, 1979, p. 203.

<sup>19</sup> Revue critique de la doctrine, AJDA 1981, p. 402, spéc. p. 407.

<sup>20</sup> Article précité, p. 35.

<sup>21</sup> Idem, p. 29.

<sup>22</sup> La jurisprudence fiscale de la juridiction administrative, Dalloz, 1978, spéc. p. 35.

<sup>23</sup> Op. cit., p. 402.

ne pourra bien entendu pas l'être au moyen de la notion de hiérarchie.

Cela tient en second lieu au fait qu'il est parfois inutilisé dans le processus de combinaison entre les sources, réalisés par le juge, laisse apparaître des dérogations, des exceptions (appelons-les ainsi pour le moment) au rapport hiérarchique entre les actes : l'exemple souvent invoqué concerne le concours d'une police générale où, pour reprendre le constat de LACHAUME<sup>24</sup> « on est en droit de se demander s'il n'y a pas violation pure et simple de la graduation des actes, dans la mesure où l'acte inférieur va suspendre l'exercice d'un droit reconnu par l'acte supérieur ».

Cela tient en dernier lieu au fait que parfois la technique hiérarchique s'efface sans que l'on distingue bien si elle est inutilisable ou, bien qu'utilisable, si elle est simplement inutilisée. Il s'agit ici des cas où les deux normes, où les deux actes ont des domaines distincts, sont autonomes l'un par rapport à l'autre, ou encore n'ont pas le même champ d'application (l'acte A visant une personne 1, l'acte B visant une personne 2), bref lorsque « leurs domaines de validité respectifs sont délimités l'un par rapport à l'autre »<sup>25</sup>.

L'ambiguïté de cette hypothèse est que la technique hiérarchique pourrait être utilisée (l'acte A étant supérieur à l'acte B) mais qu'en pratique elle ne peut l'être car les deux actes A et B n'ont pas le même objet. Comme le constate DUGUIT « on ne peut comparer, classer et hiérarchiser que des choses de la même nature, semblables les unes aux autres »<sup>26</sup>.

Le critère hiérarchique est ainsi ramené à sa juste place. D'ailleurs BOBBIO le range à égalité aux côtés des critères chronologiques et de spécialité, tous trois étant « les critères dont l'on se sert le plus

souvent »<sup>27</sup> aux fins de résoudre les conflits de ces normes.

## § II – DIVERSITÉ DES COMBINAISONS DES NORMES ET DIFFICULTÉ DE CETTE ANALYSE

Il faut bien comprendre ici que, le plus souvent, c'est l'action résolue des plaideurs qui amène le juge devant ces problèmes juridiques apparemment insolubles en mettant en rapport des règles, des textes dont nul ne sait comment assurer la cohérence et l'articulation.

A la source, ce phénomène provient des « ravages de la complexité » selon le mot du Conseiller d'État A. HOLLEAUX<sup>28</sup> qui note par ailleurs que « La règle est un morceau. Une seule affaire qui vient devant le tribunal administratif peut concerner trois codes, quatre lois, quelques décrets, des paragraphes de l'un, des phrases de l'autre, des mots et des virgules de-ci, de-là »<sup>29</sup>. MALGAUD reprend ce thème avec une autre image : L'antinomie est accidentelle elle naît de la circonstance de Clytemnestre s'est placée sous l'empire des deux règles : l'une qui punit l'assassin, l'autre qui honore la mère ; un pur accident fait de ces deux règles, qui ne peuvent avoir aucun rapport dans leur généralité, se croisent sur une même tête »<sup>30 31</sup>.

A – Sur le plan juridictionnel, on s'aperçoit que les toutes premières grandes décisions de la jurisprudence administrative, telles qu'enseignées<sup>32</sup>, sont très probablement le meilleur témoignage de la prééminence et de la permanence de la technique combinatoire des normes juridiques :

- Ainsi par la décision Blanco rendue le 8 février 1973 par le Tribunal des Conflits, celui-ci constate de façon novatrice que la

<sup>24</sup> Thèse précitée, p. 109.

<sup>25</sup> KELSEN, Théorie pure du droit, op. cit., p. 435.

<sup>26</sup> Duguit, Discussion du rapport de KELSEN sur la justice constitutionnelle à l'institut international de Droit public, RDP 1928, p. 775.

<sup>27</sup> Les antinomies du droit, Études publiées par PERELMAN, Travaux du Centre National de Recherches et de Logique, Ed. E. Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 24.

<sup>28</sup> Les ravages de la complexité, Le Monde du 16 mars 1975. Ce constat est à l'origine de la création à son initiative de l'ARAP (Association pour l'Amélioration des Rapports entre l'Administration et de Public), voir Le Monde du 27 novembre 1975).

<sup>29</sup> ARAP actualités, septembre 1979.

<sup>30</sup> Op. cit. Les antinomies du droit p. 18. Cette même image de conflit antique a été utilisée par RIALS, Le juge administratif et la technique du standard, LGDJ,

1980, p. 150 ; ZALMA, *Patere regulam quam fecisti* ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux, RDP, 1980, p. 1099.

<sup>31</sup> Poursuivant dans ce style, l'on devrait rajouter cette phrase de Graham GREENE « il suffit de se retourner, comme un rocher, n'importe quelle situation pour que de petites contradictions absurdes et grouillantes s'en échappent de tous côtés » (La puissance de la gloire, traduit par SIBON, ed. R.Laffont, 1948, 2eme partie, I, p. 115).

<sup>32</sup> Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (ou GAJA) LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVÉ et GENEVOIS, Sirey, 9<sup>ème</sup> édition, 1990 : « best-seller des livres de droit administratif » a pu souligner Guy BRAIBANT (Interview à la revue Profession politique, n°19, 23 janvier 1989, p. 12).

responsabilité de l'État « a ses règles spéciales » dérogeant donc à celles plus générales « établies dans le code civil » et il rajoute en outre que ces règles varient en fonction de la « nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Point de rapport hiérarchique dans le maniement subtil de ces normes. Tout au contraire un double jeu combinatoire de la généralité et de la spécialité d'une part et de la conciliation de droits opposés d'autre part<sup>33</sup>.

- Par sa décision ultérieure de quelques mois (30 juillet 1873), la même nouvelle juridiction réitère, au détour de la décision Pelletier dont l'enjeu de taille est de tirer les conséquences du décret du 19 septembre 1870 soumettant les fonctionnaires fautifs à la juridiction judiciaire. Comme l'ont noté les commentateurs : « Le Tribunal des Conflits allait cependant donner à ce texte clair une interprétation restrictive, en estimant que, loin de déroger aux lois révolutionnaires sur la séparation des autorités administratives et judiciaires, il devait être combiné avec elles »<sup>34</sup>.
- Par sa décision du 19 février 1975 (Prince Napoléon), le Conseil d'État combine de façon hardie l'article 6 du *sénatus-consulte* du 7 novembre 1852 et l'article 1<sup>er</sup> de la loi 19 mai 1834, pour constater que la nomination au grade de général du prince Napoléon-Joseph Bonaparte prise en vertu du 1<sup>er</sup> texte ne confère pas au prince la propriété définitive et irrévocable de ce grade prévu par le second texte<sup>35</sup>.
- Par sa décision ultérieure de quelques mois (26 novembre 1875), le Conseil d'État donne raison au sieur Pariset en constatant que le préfet avait commis un détournement de procédure, prenant une mesure prévue par la réglementation sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres pour procéder à l'application d'une loi du 2 août 1872 toute étrangère à l'objet à raison duquel ces pouvoirs lui étaient conférés<sup>36</sup>.

Blanco, Pellertier, Prince Napoléon, Pariset ; autant de « blocs de granit » du droit et de la jurisprudence administrative ; autant d'œuvres normatrices de la juridiction administrative donc la réalisation a requis l'utilisation de techniques d'agencements de normes

<sup>33</sup> GAJA, p. 15 et s. ; cf. R. CHAPUS, Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, RFDA 1990, n°5, p. 53, spéc. p. 54 et 58.

<sup>34</sup> GAJA, p. 22 et s. ; cf. G. VEDEL, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge, Mél. Waline, p. 777, spéc. p. 783.

avec une parfaite habileté logique en même temps qu'une merveilleuse dextérité imaginative.

C'est ce procédé combinatoire dont il convient de présenter les mécanismes et de démontrer les rouages.

B – Sur le plan théorique, un simple cas illustre bien la diversité devant laquelle l'on se trouve placé. Comment résoudre le conflit qui surgit entre deux lois, deux réglementations applicables à une même situation de fait, ou opposable à un acte administratif, et dont l'application concurrente aboutit à une impossibilité pratique ; un texte A interdisant une activité, un texte B l'autorisant, voir même imposant une même activité ?

Dans cet exemple, le juge, saisi du conflit, est tenu d'opérer une combinaison normative à partir des possibilités suivantes : il peut décider de raisonner d'abord au stade des textes A et B en considérant que l'un exclut l'autre ; que l'un s'applique nonobstant l'autre ; que l'un déroge ou même abroge l'autre ; que l'un diffère en certains points de l'autre donc est compatible avec ce dernier ; que l'un doit se conformer avec l'autre ; ...

Il peut encore décider de raisonner au stade de l'application des deux textes A et B, estimant par exemple que l'acte individuel pris en application du texte A est régulier au regard de ce dernier et que, par conséquent, son illégalité au regard du texte B est inopérante ; que l'acte individuel doit concilier les textes contraires A et B ; que l'acte individuel peut se fonder indifféremment sur l'un ou l'autre des textes A et B ; que l'acte d'application du texte A l'emporte sur celui du texte B ; que le texte B ayant une valeur juridique supérieure au texte A, l'acte d'application de ce dernier doit être conforme en tout état de cause au texte B...

Mieux que tout autre approche globale, cet exemple révèle combien l'analyse combinatoire conduit à des possibilités sinon infinies, du moins aussi variées dans leurs résultats que complexes dans les techniques pour y aboutir<sup>37</sup>.

C – Devant ces multiples occasions et possibilités de combinaisons normatives, la difficulté majeure est majeure de vouloir cerner, d'expliquer, de tenter de rendre intelligibles, rationnels, (voir raisonnables)

<sup>35</sup> GAJA, p. 29 et s.

<sup>36</sup> GAJA, p. 38 et s.

<sup>37</sup> Voir un bon exemple de ces différentes possibilités appliquées au cumul des conventions collectives, CHAUCHARD, Le cumul des conventions collectives, Liaisons Sociales Mensuel, n°32, octobre 1988, p. 93 et 99.

les choix du juge qui peuvent apparaître bien souvent arbitraires. De fait, « la tâche du juge administratif français, dans sa complexité, ne s'accomplit pas sans le recours à un système de méthodes. La réalité de celles-ci ne semble pas pouvoir être discutée. Toutefois, la diversité même de ces méthodes, et le principe de liberté qui préside à leur utilisation, laissant la place principale à l'habileté du juge, à la conscience qu'il a des fins qu'il poursuit en un mot, à son libre-arbitre » réalise avec pertinence Y. GAUDEMET<sup>38</sup>. Constat repris par P. AMSELEK<sup>39</sup> : « le droit est une espèce de technique combinatoire par sa finalité même qui transcende chacune des normes qui le composent ». Que d'auteurs relèvent ce flou juridique ! Ainsi selon G. BRAIBANT<sup>40</sup> « Le droit ne doit pas céder la place à l'efficacité, à l'opportunité, à l'équité ; mais se combiner avec elles ».

Que d'auteurs donnent acte à cette liberté du juge ! Ainsi C. EISENMANN conclut son étude sur « Juridiction et Logique » en relevant que « le fait que les arrêts (...) doivent être présentés en forme de syllogisme- 2 prémisses, 1 conclusion- n'a pas une très grande importance, puisqu'il ne limite pas par lui-même la liberté du juge, celle-ci résultant de la part créatrice qu'il peut, qu'il doit assumer dans la fabrication de la « norme juridictionnelle » posée au terme de l'opération (...). Le juge n'agit donc pas en logicien : il n'est pas dans les liens ; (...) il bénéficie de la liberté juridique... »<sup>41</sup>.

Si « l'interprète est libre, en somme, de trancher le conflit après les considérations de fait et les mœurs du moment »<sup>42</sup>, si « en présence d'un conflit de normes (pluralité de normes réglementaires divergentes applicables à une situation d'espèce), le

<sup>38</sup> Les méthodes du juge administratif, LGDJ, 1972, p. 267.

<sup>39</sup> Op. cit., p. 10.

<sup>40</sup> Administration et Sociétés, Le Monde 24 juillet 1980.

<sup>41</sup> Mélanges MARTY, Université de sciences Sociales de Toulouse.

<sup>42</sup> DESSERTAUX, Abus de droits, ou conflits de droits, RTDC, 1906, p. 119, spéc. p. 129.

<sup>43</sup> Y. TANGUY, Le règlement des conflits en matière d'urbanisme, LGDJ, 1979, p. 211.

<sup>44</sup> Y. TANGUY, op. cit., p. 211.

<sup>45</sup> « Comme autrefois des crimes nous souffrons aujourd'hui des lois » Annales, III, XXV

<sup>46</sup> « L'opinion de celui-là ne me plaît guère : il ne sentoit point qu'il y a autant de liberté et d'estendue à l'interprétation des loix qu'à leur façon... nous avons en France plus de loix que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudroit à régler tous les mondes d'Epicurus », Essais, Livre III, chapitre XIII (1585-1587), NRF, Bibliothèque de la Pléiade, 1939, p. 1035.

juge est amené à exercer une option »<sup>43</sup>, si « il est bien clair que tout ordre juridique doit comprendre un ou des mécanismes destinés à résoudre des contradictions possibles (et probables) entre les normes qui le composent et à les intégrer toutes dans une unité supérieure, sous peine de se dissoudre dans l'incohérence et de perdre même toute réalité »<sup>44</sup>, quelles sont ces « considérations » et ces « mœurs », comment le juge exerce-t-il cette « option », quels sont ces « mécanismes » ?

Peut-on, en somme, participer aux recherches qui tentent de découvrir l'usage que le juge fait de sa liberté, et si les comportements ou plutôt les résultats de ses comportements, s'avèrent explicables et même rationnels, montrer ainsi que le camp de cette liberté est plus restreint que l'on le croit souvent ?

(...)

## CONCLUSION GÉNÉRALE

(...)

Au regard des textes d'abord, que ces techniques ont pour vocation essentielle voire exclusive d'agencer, on assiste à une corrélation étroite entre la prolifération incessante de normes et la place toujours nécessaire, quasi-prépondérante, de la jurisprudence. Depuis TACITE<sup>45</sup>, après MONTAIGNE<sup>46</sup>, ce lien de causalité marque toujours<sup>47</sup> sa persistance et sa pertinence.

Ce qui paraît n'être là qu'un constat banal mérite cependant d'être répété car il atténue l'idée partagée qu'au droit jurisprudentiel pourrait et même devrait

<sup>47</sup> Par exemple :

-M. PAUTI, constate dans une affaire que « la portée de ces dispositions très générales a été définie par deux décrets, plusieurs fois modifiés et dont il convient, avec une certaine difficulté quelquefois, de combiner les dispositions » concl. Sur CE S. 23 octobre 1981 Ministre de l'économie c/Société Sagmar, AJDA 1982, p. 162. Cf. encore GAUDEMET, thèse précitée, p. 127 à 128.

-M. LATOURNERIE « La juridiction administrative opérait initialement – et que dire à cet égard, de l'époque actuelle ? – dans un milieu surchargé et même encombré des règles de droit, dont l'abondance et parfois l'incohérence accordait nécessairement au juge, tenu de mettre quelque ordre dans cette confusion, une autorité que la loi n'eût pu légitimement, en pareil cas, revendiquer pour elle seule (...) La valeur effective et la puissance contraignante des règles de droit écrit et la limitation des pouvoirs du juge à leur égard sont inversement proportionnelles au nombre de ces règles » (article précité, spéc. p. 186 et 188)

davantage se substituer un droit légiféré ou réglementé.

(...)

Au regard des techniques combinatoires elles-mêmes ensuite, quelque hauteur laisse percevoir des frontières indécises entre chacune d'elles, et des mutations difficiles.

- Il s'agit par exemple des subtilités d'analyse de l'objet des normes, critère pourtant si important de distinction entre les combinaisons. C'est en effet un passage obligé sur ce point que de déterminer si les normes à agencer entretiennent un rapport de différence, de spécialité, de gravité, de comptabilité, de non-conformité, d'atteinte non excessive, de simple prise en compte...<sup>48 49</sup>
- Il s'agit encore de l'éternel débat autour de l'autonomie des normes, textes, législations ou branches juridiques. L'existence et l'observation des techniques combinatoires font prendre conscience de la tension permanente entre la spécificité de chaque corps juridique et la généralité de droit commun, entre les forces centrifuges, qui s'exercent pour détacher un corps de règles de droit général et les résistances pour maintenir l'unité de l'« état de droit ». c'est peut-être ici que le rôle du juge est le plus délicat en même temps que le plus fondamental et apparemment le plus manichéen : soit il légitime à l'excès la norme spéciale dès lors indépendante ou privilégiée, soit il légitime à l'excès la norme générale dès lors aveugle et totalisatrice.

(...)

Au regard de l'épistémologie de la démarche juridique et de l'heuristique de la démarche de cette étude (...). L'émergence communautaire progressive se traduit juridiquement par une hésitation entre la « logique de subordination » et la

<sup>48</sup> « prise en considération » ou « prise en compte » cf. supra p. 200 ; voir AUBY, art. précité, spéc. p. 682 citant AUBY et PERINET-MARQUET Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrétien, 1987, p. 95.

<sup>49</sup> La question est posée d'une nouvelle gradation hiérarchique dans la jurisprudence constitutionnelle entre la conformité et la non-conformité : Le Conseil Constitutionnel en son temps..., RDP 1989, p. 5 et s., spéc. G.VEDEL, p.16 et D.ROUSSEAU, p. 56.

« logique de coordination ». Favorable à cette dernière, M. DELMAS-MARTY relève que « le choix de la complexité impliquerait la reconnaissance officielle de ces phénomènes de dépendance croisée, qui semblent infirmer la représentation hiérarchique linéaire et centralisée que le droit se donne habituellement de lui-même, mais correspondant assez bien au concept de « hiérarchies enchevêtrées » et « boucles étranges » »<sup>50 51</sup> ».

**Document n° 12: CE, Ass., 19 juillet 2019, Association des américains accidentels », n°424216, (extrait)**

Vu la procédure suivante :

1°) Sous le n° 424216, par une requête sommaire et deux autres mémoires enregistrés le 17 septembre 2018, le 2 janvier 2019 et le 19 juin 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association des Américains accidentels demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les deux décisions implicites par lesquelles le ministre de l'action et des comptes publics a rejeté ses demandes tendant à ce qu'il soit procédé à l'abrogation, d'une part, de l'arrêté du 5 octobre 2015 portant création par la direction générale des finances publiques d'un traitement automatisé d'échange automatique des informations dénommé " EAI " et, d'autre part, de l'arrêté du 25 juillet 2017 modifiant l'arrêté précité ;

2°) d'enjoindre au ministre de l'action et des comptes publics de procéder à l'abrogation de ces deux arrêtés dans un délai d'un mois à compter de la décision à intervenir, au besoin sous une astreinte de 500 euros par jour de retard ;

3°) à titre subsidiaire, de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante : " Les articles 5, 45 et 46 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la

<sup>50</sup> Droit contre droits, Le Monde Libert, octobre 1989, p. 69.

<sup>51</sup> Pour un exemple récent de combinaison entre le droit interne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : CE Ass. 19 avril 1991 Babas (A espèce) et Belgacem ( 1 espèce), LPA 1991, n°61, p. 7 ; Le Monde 21 et 26 avril 1991, AJDA 1991, p. 551, note F. JULIEN-LAFERRIERE

libre circulation de ces données doivent-il être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale organisant, de manière répétitive et non circonscrite aux seules hypothèses de lutte contre la criminalité, la collecte, le stockage, l'exploitation et le transfert, vers un Etat tiers, des données fiscales des contribuables résidant sur le territoire de l'Etat membre concerné mais possédant la nationalité de cet Etat tiers ' ' ' ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2°) Sous le n° 424217, par une requête et deux autres mémoires enregistrés le 17 septembre 2018, le 2 janvier 2019 et le 19 juin 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association des Américains accidentels demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit procédé à l'abrogation du décret n° 2015-907 du 23 juillet 2015 ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre de procéder à l'abrogation de ce décret dans un délai d'un mois à compter de la décision à intervenir, au besoin sous une astreinte de 500 euros par jour de retard ;

3°) à titre subsidiaire, de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante : " Les articles 5, 45 et 46 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données doivent-il être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale organisant, de manière répétitive et non circonscrite aux seules hypothèses de lutte contre la criminalité, la collecte, le stockage, l'exploitation et le transfert, vers un Etat tiers, des données fiscales des contribuables résidant sur le territoire de l'Etat membre concerné mais possédant la nationalité de cet Etat tiers ' ' ' ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....  
.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution ;

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 ;
- le règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 ;
- la directive (UE) n° 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 ;
- la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 ;
- la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994 modifiée ;
- l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique du 14 novembre 2013 ;
- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;
- la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ;
- la loi n° 2014-1098 du 29 septembre 2014 ;
- le décret n° 2015-1 du 2 janvier 2015 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Pierre Ramain, maître des requêtes,

- les conclusions de M. Alexandre Lallet, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Spinosi, Sureau, avocat de l'association des Américains accidentels ;

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes visées ci-dessus présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.
2. Il ressort des pièces du dossier que, par un accord conclu le 14 novembre 2013, le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique se sont engagés à améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et à mettre en oeuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite " loi FATCA "), notamment en renforçant les échanges d'informations entre leurs administrations fiscales. La loi du 29 septembre 2014 a autorisé l'approbation de cet accord. Afin d'assurer la mise en oeuvre de cet accord, le décret du 23 juillet 2015 a défini les modalités de collecte et de transmission des informations par les

institutions financières. Par une délibération n° 2015-311 du 17 septembre 2015, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a autorisé le ministre des finances et des comptes publics à mettre en oeuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité le transfert vers l'administration fiscale américaine des données collectées et stockées en application de cet accord. Par un arrêté du 5 octobre 2015 modifié par un arrêté du 25 juillet 2017, le ministre des finances et des comptes publics a créé un traitement d'échange automatique des informations dénommé " EAI " organisant notamment la collecte et le transfert de données à caractère personnel aux autorités fiscales américaines, en application de l'accord du 14 novembre 2013. L'association des Américains accidentels demande l'annulation pour excès de pouvoir des décisions par lesquelles un refus a été opposé à ses demandes d'abrogation du décret du 23 juillet 2015 et de l'arrêté du ministre de l'action et des comptes publics du 5 octobre 2015, modifié par celui du 25 juillet 2017, portant création du traitement " EAI " en tant qu'il organise la collecte et le transfert de données à caractère personnel aux autorités fiscales américaines.

Sur les interventions de M.A... :

3. M. A...ne justifie pas d'un intérêt le rendant recevable à intervenir à l'appui des requêtes. Ses interventions sont, par suite, irrecevables.

(...)

Sur les moyens de légalité interne des requêtes :

10. Les dispositions contestées du décret et des arrêtés litigieux se bornent à tirer les conséquences nécessaires des stipulations inconditionnelles de l'accord du 14 novembre 2013 pour l'application duquel ces actes réglementaires ont été pris. Il s'ensuit que l'association requérante ne saurait utilement invoquer à leur encontre la méconnaissance de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Il appartient en revanche au Conseil d'Etat d'examiner les moyens tirés de l'inapplicabilité de cet accord et de l'invalidité dont seraient entachées ses stipulations.

En ce qui concerne le défaut allégué de réciprocité dans l'application de l'accord du 14 novembre 2013 :

11. Aux termes du 14ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : " La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ". Au nombre de ces règles figure la règle " pacta sunt servanda ", qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. Aux termes de l'article 55 de la Constitution "Les traités ou

accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ". Il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie. A cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie.

12. En premier lieu, si, en application de l'article 2 de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique du 14 novembre 2013, les informations collectées et transmises par l'administration fiscale française à l'administration fiscale américaine et celles collectées et transmises par l'administration fiscale américaine à l'administration française ne sont pas identiques, l'administration américaine n'étant pas tenue de transmettre à l'administration française le solde des comptes bancaires détenus aux Etats-Unis par des contribuables français, ces différences résultent de l'accord lui-même et ne sauraient révéler un défaut d'application de celui-ci par les Etats-Unis.

13. En deuxième lieu, l'article 6 de l'accord du 14 novembre 2013 stipule que : " 1. Réciprocité. Le Gouvernement des Etats-Unis convient de la nécessité de parvenir à des niveaux équivalents d'échanges automatiques de renseignements avec la France. Le Gouvernement des Etats-Unis s'engage à améliorer davantage la transparence et à renforcer la relation d'échange avec la France en continuant à adopter des mesures réglementaires et en défendant et en soutenant l'adoption de lois appropriées afin d'atteindre ces niveaux équivalents d'échanges automatiques réciproques de renseignements [...] 4. Données concernant les comptes existants au 30 juin 2014. S'agissant des comptes déclarables ouverts auprès d'une institution financière déclarante au 30 juin 2014 : a) Les Etats-Unis s'engagent à adopter, d'ici au 1er janvier 2017, pour les déclarations qui concernent 2017 et les années suivantes, des règles qui imposent aux institutions financières américaines d'obtenir et de déclarer, s'agissant des entités françaises, le NIF français et, s'agissant des personnes physiques, la date de naissance (ou le NIF français si la France attribue à ces personnes un tel

numéro) de chaque titulaire de compte d'un compte déclarable français conformément au point 1 de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 2 du présent Accord [...] ". L'article 10 de cet accord prévoit qu' " avant le 31 décembre 2016, les Parties engagent de bonne foi des consultations afin d'apporter au présent Accord les modifications nécessaires pour refléter les progrès accomplis concernant les engagements énoncés à l'article 6 du présent Accord ". Il résulte des éléments produits devant le Conseil d'Etat et versés au débat contradictoire, d'une part, que le gouvernement américain a proposé, à plusieurs reprises, conformément à l'engagement pris au paragraphe 1 de l'article 6 précité, des modifications législatives en vue d'atteindre un niveau équivalent d'échanges de renseignements et, d'autre part, que la modification de la réglementation prévue au a) du paragraphe 4 du même article est intervenue à la suite de la publication en 2017 d'une notice de l'administration fiscale américaine (Internal Revenue Service). Dans ces conditions, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'à la date de la présente décision, la condition de réciprocité ne serait pas remplie en raison d'un défaut d'application des stipulations des articles 6 et 10 de l'accord précité.

14. En troisième lieu, les erreurs alléguées dans la transmission des données fiscales des Etats-Unis vers la France ne sauraient caractériser, par elles-mêmes, un défaut d'application du traité par la partie américaine.

15. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que le décret et les arrêtés litigieux seraient dépourvus de base légale, faute pour les Etats-Unis d'appliquer de manière réciproque l'accord du 14 novembre 2013, doit être écarté.

En ce qui concerne la prétendue méconnaissance de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

16. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de se prononcer sur la conformité d'un traité ou d'un accord international à la Constitution.

En ce qui concerne la méconnaissance alléguée de stipulations de droit international :

17. Lorsque, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, est soulevé un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international, réserve faite des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, il incombe au juge administratif, après avoir vérifié que les stipulations de cet autre traité ou accord sont entrées en vigueur

dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui, de définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public. Dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne.

S'agissant de la méconnaissance du droit de l'Union européenne :

Quant à la violation du règlement du 27 avril 2016 :

18. Aux termes de l'article 1er de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données : " 1.La présente directive établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces ". Aux termes de l'article 2 de cette directive : " Champ d'application / 1.La présente directive s'applique au traitement de données à caractère personnel effectué par les autorités compétentes aux fins énoncées à l'article 1er, paragraphe 1 ". L'article 2 du règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), qui est entré en vigueur le 25 mai 2018, dispose que : "1. Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi

qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier. / 2. Le présent règlement ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel effectué: / [...] d) par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre des menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces. [...] ". Un traitement de données à caractère personnel relève, selon sa finalité, du champ d'application du règlement du 27 avril 2016 ou de celui de la directive du même jour. Alors même qu'ainsi qu'il a été dit au point 8, le traitement litigieux a plusieurs objets, au nombre desquels figurent la prévention, la détection et la répression des infractions pénales, sa finalité est de permettre, en luttant contre la fraude et l'évasion fiscales, l'amélioration du respect de leurs obligations fiscales par les contribuables français et américains. Il s'ensuit qu'il relève du champ d'application du règlement du 27 avril 2016 et non de celui de la directive du même jour.

19. L'article 96 du règlement du 27 avril 2016 dispose que : " Les accords internationaux impliquant le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales qui ont été conclus par les Etats membres avant le 24 mai 2016 et qui respectent le droit de l'Union tel qu'il est applicable avant cette date restent en vigueur jusqu'à leur modification, leur remplacement ou leur révocation ". Il résulte clairement de ces dispositions que les auteurs du règlement ont entièrement déterminé les conditions de la relation entre le droit de l'Union européenne et les accords conclus antérieurement à sa signature qui impliquent le transfert de données personnelles vers des Etats tiers. Il y a lieu, pour l'application de cet article, de rechercher, dans un premier temps, si l'accord du 14 novembre 2013 respecte les dispositions du règlement du 27 avril 2016, qui sont d'effet direct, et seulement dans l'hypothèse où tel ne serait pas le cas, de vérifier, dans un second temps, si cet accord respecte le droit de l'Union européenne tel qu'il était applicable avant la signature du règlement.

20. L'article 5 du règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données dispose que : " 1. Les données à caractère personnel doivent être :/ a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence);/ b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces

finalités; le traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques n'est pas considéré, conformément à l'article 89, paragraphe 1, comme incompatible avec les finalités initiales (limitation des finalités); / c) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données); / d) exactes et, si nécessaire, tenues à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder (exactitude); / e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; les données à caractère personnel peuvent être conservées pour des durées plus longues dans la mesure où elles seront traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, pour autant que soient mises en oeuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée (limitation de la conservation) ; / f) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité); / 2. Le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité) ".

21. Si l'association requérante soutient, sans autre précision, que l'accord du 14 novembre 2013 méconnaît les exigences de finalité légitime et de modalités appropriées posées par l'article 5 précité, il ressort des pièces du dossier que le traitement litigieux répond à la finalité légitime que constitue l'amélioration du respect des obligations fiscales et prévoit des modalités de choix, de collecte et de traitement des données adéquates et proportionnées à cette finalité. Il s'ensuit que le moyen ne peut qu'être écarté.

22. En l'absence de décision d'adéquation de la Commission constatant l'existence, dans le pays tiers destinataire du transfert des données, d'un niveau de protection adéquat, l'association requérante ne saurait utilement invoquer la méconnaissance de l'article 45 du règlement du 27 avril 2016 qui est relatif aux transferts fondés sur une telle décision d'adéquation.

23. L'article 46 du règlement du 27 avril 2016 dispose qu'"1. En l'absence de décision en vertu de l'article 45, paragraphe 3, le responsable du traitement ou le sous-traitant ne peut transférer des données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale que s'il a prévu des garanties appropriées et à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives./ 2. Les garanties appropriées visées au paragraphe 1 peuvent être fournies, sans que cela ne nécessite une autorisation particulière d'une autorité de contrôle, par: / a) un instrument juridiquement contraignant et exécutoire entre les autorités ou organismes publics ; [...] ".

24. D'une part, l'article 3 de l'accord du 14 novembre 2013 stipule que les renseignements collectés dans le cadre de cet accord sont soumis aux mêmes obligations de confidentialité et de protection des données que celles prévues par la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994 et notamment de son article 27. Ainsi d'ailleurs que l'a relevé la commission nationale de l'informatique et des libertés dans l'avis qu'elle a rendu préalablement à l'adoption de l'arrêté du 5 octobre 2015, il résulte de ces stipulations que les informations collectées et transférées dans le cadre du traitement litigieux ne peuvent servir qu'à des fins fiscales, sont strictement limitées et proportionnées et sont soumises au secret fiscal dans les mêmes conditions que des renseignements obtenus en application de la législation française.

25. D'autre part, il ressort des pièces du dossier qu'en application des dispositions de la loi fédérale américaine de 1974 sur la protection des données personnelles, les traitements de données personnelles par les administrations américaines sont soumis au respect du principe de transparence selon lequel ces administrations doivent assurer la transparence de leur action et notamment de leurs systèmes d'enregistrement des données, respecter les principes de conformité et de proportionnalité de la collecte et de l'utilisation des données au regard de la finalité des traitements et garantir le droit de chacun d'accéder aux données collectées qui le concerne et d'en demander la rectification. Cette loi prévoit également des voies de recours en matière civile et pénale devant les juridictions américaines en cas de non-respect de ces dispositions. En outre, s'agissant des données permettant d'établir la situation fiscale des contribuables, il résulte des dispositions de l'article 6103 du code fédéral des impôts que les données collectées par l'administration fiscale américaine sont notamment soumises aux principes de confidentialité et de transparence de l'utilisation des données par l'administration fiscale américaine. L'article 6105 du même code définit en outre une obligation spécifique de confidentialité à l'égard de toute donnée échangée

en application d'une convention fiscale internationale, sauf si la divulgation est autorisée par la convention fiscale elle-même, ce qui n'est pas le cas de l'accord du 14 novembre 2013. Enfin, l'article 7431 du même code institue des voies de recours en matière civile et pénale en cas de non-respect de ces obligations.

26. Il s'ensuit qu'au regard des garanties spécifiques dont l'accord du 14 novembre 2013 entoure le traitement litigieux et du niveau de protection assuré par la législation applicable aux Etats-Unis en matière de protection des données personnelles permettant d'établir la situation fiscale des contribuables, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 46 du règlement du 27 avril 2016 doit être écarté.

27. A la différence de l'affaire Maximilian Schrems dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne a, par un arrêt du 6 octobre 2015 (C-362/14), statué sur une contestation d'une décision d'adéquation de la Commission, l'objet du présent litige porte, à titre principal, sur l'interprétation du contenu de l'accord bilatéral du 14 novembre 2013 et sur sa compatibilité avec le règlement du 27 avril 2016. En l'état des moyens invoqués par l'association requérante, l'interprétation des dispositions invoquées du règlement de l'Union européenne s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, conformément aux principes dégagés par la Cour de justice des Communautés européenne dans son arrêt Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA en date du 6 octobre 1982 (C-283/81, point 16). Enfin, en tant que le litige implique une interprétation du contenu de certaines stipulations de l'accord du 14 novembre 2013 par le Conseil d'Etat, cette interprétation, qui fait l'objet des points 21 à 25 de la présente décision, ne pose pas en elle-même une question ayant trait au droit de l'Union européenne et ne justifie pas le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Quant à la violation des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

28. Il résulte des motifs énoncés aux points précédents que, compte tenu des précautions dont il est assorti, le traitement litigieux ne méconnaît pas le droit à la protection des données à caractère personnel des personnes qu'il concerne ni ne porte atteinte à ce droit de ces dernières au respect de leur vie privée une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels il a été créé. Il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance, par l'accord du 14 novembre 2013, des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne peut qu'être écarté.

S'agissant de l'incompatibilité avec l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 :

29. Il résulte des motifs exposés aux points précédents que l'accord du 14 novembre 2013 n'est en tout état de cause incompatible ni avec les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit au respect de la vie privée ni avec celles de la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 qui subordonne l'autorisation d'un traitement de données à caractère personnel à l'existence d'une finalité légitime et à des modalités de collecte licites et loyales.

30. Il résulte de tout ce qui précède que l'association requérante n'est pas fondée à demander l'annulation des décisions qu'elle attaque. Ses conclusions aux fins d'injonction doivent, par voie de conséquence, être rejetées, ainsi que ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : Les interventions de M. A...ne sont pas admises.

Article 2 : Les requêtes de l'association des Américains accidentels sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'association des Américains accidentels, à M. B... A..., au ministre de l'action et des comptes publics, au ministre de l'Europe et des affaires étrangères et à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

**Document 13. Marie Gautier et Fabrice Melleray**, « **Conflit entre normes internationales en droit français** », *In*, « **Fasc. 21 : Sources internationales et hiérarchie des normes** », **JurisClasseur Administratif**, 28 avril 2013, mis à jour le 4 octobre 2019 (en ligne).

#### **Conflits entre normes internationales en droit français**

49. – Actualité du problème – "Parmi les problèmes juridiques qui se posent aujourd'hui avec le plus d'acuité, il n'en est peut-être pas de plus actuel que celui de la compatibilité des traités" (*C. Rousseau*,

*De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international : RGDI publ. 1932, p. 133*). Énoncée il y a soixante-dix ans par C. Rousseau en référence à la jurisprudence internationale du début des années trente, cette affirmation pourrait aujourd'hui être appliquée au contentieux administratif français. Non que la question soit désormais sans intérêt en droit international, mais l'actualité jurisprudentielle montre qu'elle est aussi, désormais, une question de droit interne qui préoccupe de plus en plus la juridiction administrative française. Ainsi, alors que le rapport consacré en 1986 par le Conseil d'État aux relations entre droit international et droit interne ne comportait qu'une courte incise sur la conciliation des conventions internationales (*Conseil d'État, Droit international et droit français, NED n° 4803 : Doc. fr., 1986, p. 43*), l'étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 juin 2000 sur le même sujet s'interroge beaucoup plus substantiellement sur les problèmes suscités par la compatibilité des engagements internationaux entre eux (*Conseil d'État, La norme internationale en droit français : Doc. fr., 2000, p. 63*). Or, loin de se fonder sur de pures spéculations théoriques, les préoccupations exprimées par le Conseil d'État constituent au contraire le reflet d'une situation contentieuse. En effet, alors que les conflits entre conventions internationales n'ont longtemps été qu'une hypothèse rare à laquelle la juridiction administrative n'était confrontée que très exceptionnellement, cette question se pose depuis une dizaine d'années avec de plus en plus de régularité.

50. – Facteurs explicatifs – Deux éléments expliquent sans doute l'importance accrue de cette question :

- d'une part, le nombre sans cesse croissant de traités ratifiés par la France conduit, mécaniquement serait-on tenté d'écrire, à la multiplication des conflits potentiels entre normes internationales applicables dans l'ordre interne. De fait, certaines des conventions élaborées ces dernières années dans le contexte européen, et qui se superposent à des traités plus anciens portant sur des sujets connexes, ont suscité de ce point de vue des difficultés. Il en est par exemple ainsi s'agissant de certaines conventions relatives à ce qu'il est désormais convenu d'appeler le "droit international privé communautaire" (*Conseil d'État, Rapport public 2000 : EDCE n° 51, Doc. fr., 2000, p. 89*) ou du système Schengen dont la compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme comme avec certains traités bilatéraux relatifs à

l'entrée et au séjour des étrangers a été évoquée devant la juridiction administrative ;

- d'autre part, en favorisant l'invocabilité et la pénétration des conventions internationales dans l'ordre juridique interne, la jurisprudence *Nicolo* explique sans doute pour une large part que ce soit précisément au cours de cette dernière décennie que la question du conflit entre traités ait été plus fréquemment soulevée devant le juge administratif. Il convient d'ailleurs de souligner que le commissaire du gouvernement Patrick Frydman avait pressenti une telle évolution dans ses conclusions sur ce célèbre arrêt, mais qu'il n'y avait pas vu d'obstacles au revirement qu'il préconisait, considérant "que tous les conflits de textes qui seraient alors susceptibles de se révéler pourront être tranchés sans difficulté particulière", y compris "en cas de conflit entre différents traités" (*concl. citées supra n° 15*). Il n'en est pourtant rien.

51. – Position du problème – La question du conflit entre normes internationales constitue un problème particulièrement épineux que le juge administratif commence à peine à aborder, les décisions juridictionnelles étant encore relativement peu nombreuses. Encore convient-il de distinguer entre les types de normes internationales : en effet, si aucune décision juridictionnelle ne vient pour l'instant éclairer la question des conflits entre normes non conventionnelles (C) ou entre normes conventionnelles et normes non conventionnelles (B), la jurisprudence offre en revanche des éléments sur les conflits entre normes conventionnelles. Mais ces éléments sont toujours, en dépit d'un récent arrêt d'assemblée, loin d'épuiser le débat (A).

#### A. - Conflit entre normes conventionnelles

52. – Vue d'ensemble – Par principe, toutes les normes conventionnelles tirent droit interne leur autorité des mêmes normes constitutionnelles, et plus particulièrement de l'article 55 de la Constitution, et se situent donc au même niveau dans la hiérarchie des normes. Pourtant, il arrive que dans un litige soumis au juge administratif deux normes d'origine conventionnelle posant des solutions contradictoires soient applicables et il est alors tenu de déterminer laquelle des deux normes doit s'appliquer. Or, la réponse à cette question n'a rien d'évident et aucune prescription de droit interne ne vient définir une quelconque priorité d'application entre

normes conventionnelles. L'ampleur des difficultés suscitées par la résolution des conflits entre ces normes est d'ailleurs attestée par les hésitations du juge administratif dont la jurisprudence a longtemps manqué de clarté, si ce n'est de cohérence (1°). Certes, et conformément à ce que le commissaire du gouvernement Frydman avait préconisé dès 1989 (*concl. citées supra n° 15*), le Conseil d'État a adopté avec l'arrêt *Zaïdi* du 21 avril 2000 (*CE, 21 avr. 2000 : JurisData n° 2000-060554 ; Rec. CE 2000, p. 159*) puis surtout avec l'arrêt d'assemblée *Kandyrine de Brito Paiva* (*V. supra n° 1*) une grille d'analyse pour traiter ces conflits. Pourtant, et en dépit de l'indéniable apport de ces arrêts, les problèmes rencontrés par le juge administratif sont loin d'être entièrement résolus (2°).

#### 1° Hésitations

53. – Évitement du conflit – Si le contentieux administratif relatif aux conflits entre traités n'est guère abondant, le Conseil d'État avait toutefois eu l'occasion de se prononcer au moins une quinzaine de fois sur cette question avant l'arrêt *Zaïdi*. Mais dans la majeure partie de ces affaires, la Haute juridiction administrative a volontairement contourné la difficulté. Pour ce faire, elle a alternativement utilisé quatre techniques. Elle a tout d'abord opéré un renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères dès lors que l'applicabilité de l'une des conventions était conditionnée par la condition de réciprocité (*CE, 8 févr. 1967, Cie française chemins de fer Indochine et Yunnan : Rec. CE 1967, p. 668. – CE, 27 févr. 1987, min. Budget c/ Nguyen Van Giao : JurisData n° 1987-606266 ; Rec. CE 1987, p. 77*). Dans d'autres affaires, le Conseil d'État a préféré se fonder sur des moyens de droit interne plutôt que d'affronter les conflits qui existaient entre deux conventions internationales (*CE, ass., 22 oct. 1979, UDT, cité supra n° 13. – CE, sect., 27 févr. 1987, Fidan : JurisData n° 1987-046111 ; Rec. CE 1987, p. 81 ; D. 1987, jurispr. p. 305, concl. J.-C. Bonichot*). Troisième voie, le juge administratif a pu faire usage de la théorie des moyens inopérants, refusant notamment l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme pour écarter l'application de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 qui régit l'entrée et le séjour des Algériens en France (*CE, 5 juin 1989, n° 84438, min. Int. c/ Abdi. – CE, 1er oct. 1990, n° 92857, Guiova : LPA 7 nov. 1990, n° 134, p. 4, note T. Célérier ; RFDA 1991, p. 362, note D. Ruzie. – CE, 2 févr. 1990, Benouisse : JCP G 1990, II, 22004, note F. Lafay ; JCP G 1993, I, 3670, chron. E. Picard*). La motivation laconique des arrêts ne permettait d'ailleurs pas de savoir pourquoi le moyen était dans ces espèces inopérant. Enfin, quatrième et dernière technique, le juge administratif s'est efforcé

de concilier autant que faire se peut les dispositions des conventions internationales concurrentes par le biais de l'interprétation (*CE, 16 mars 1988, min. Int. c/ Kanapathipillai* : *JurisData* n° 1988-042690 ; *Rec. CE 1988, p. 121*).

54. – Jurisprudence casuelle – En dépit de la volonté manifeste du Conseil d'État d'éviter de se prononcer sur la question des conflits entre traités, il n'a pas toujours réussi à contourner le problème. Il l'a d'ailleurs d'autant moins pu que les trois premières techniques évoquées ne sont désormais plus utilisables : le recours à la théorie de la loi écran disparaît avec la jurisprudence *Nicolo* (*V. supra* n° 15), tandis que le renvoi préjudiciel au ministre pour l'appréciation de la condition de réciprocité est désormais proscrit (*V. JCL Administratif, Fasc. 20*). Enfin, la solution consistant à écarter la Convention européenne des droits de l'homme face à l'accord franco-algérien est abandonnée par l'arrêt *Mme Larachi* (*CE, 22 mai 1992* : *JurisData* n° 1992-044732 ; *Rec. CE 1992, p. 203* ; *RDP 1992, p. 1793, concl. R. Abraham*). Le Conseil d'État a donc bien examiné le problème des conventions internationales concurrentes dans certaines affaires. Pourtant les arrêts en cause se prêtent mal à une quelconque systématisation, en dehors du cas très particulier de conventions comportant une clause de compatibilité et réglant donc elle-même la question de leur articulation avec d'autres conventions (*TA Strasbourg, 19 mai 1993, Assoc. "Alsace-Nature"* : *Rec. CE 1993, p. 507*. – *V. aussi CE, ass., 15 oct. 1993, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong* : *JurisData* n° 1993-600124 ; *Rec. CE 1993, p. 267* ; *RFDA 1993, p. 1179, concl. C. Vigouroux* ; *RGDI publ. 1994, p. 1016, note D. Alland* ; *RDP 1994, p. 525, note F. Fines* ; *RFDA 1994, p. 21, étude H. Labayle*). Pour le reste, la jurisprudence du Conseil d'État n'est guère aisée à déchiffrer dans la mesure où des doutes importants subsistent quant aux fondements des solutions retenues. Le seul arrêt sur lequel il est possible d'avoir des certitudes est l'arrêt *SOPREMA* du début des années soixante (*CE, sect., 16 juin 1961* : *Rec. CE 1961, p. 410*). Face à des accords bilatéraux successifs entre la France et Madagascar qui posaient des normes manifestement contradictoires, le Conseil d'État a fait prévaloir l'accord le plus récent qui constituait en l'espèce une forme de révision implicite des dispositions initiales. L'application de la *lex posterior* constitue donc ici le fondement aisément identifiable, et d'ailleurs peu discutable, de la solution retenue.

55. – Incertitudes – Mais nombres d'arrêts sont en revanche nettement plus énigmatiques quant aux règles mises en œuvre par le Conseil d'État pour résoudre un conflit entre conventions internationales. Tel est par exemple le cas de l'arrêt *CGT* (*CE, 24 nov. 1978* : *Rec. CE 1978,*

*p. 461*) dans lequel le Conseil d'État a estimé que la subordination de la délivrance d'une carte de séjour à la présentation d'un contrat de travail visé par le ministre pour les travailleurs sénégalais, si elle était conforme à la convention franco-sénégalaise du 21 janvier 1964, était en revanche contraire à l'accord multilatéral du 25 juin 1960 sur les droits fondamentaux dans les États de la Communauté. Or, en annulant cette disposition, le Conseil d'État a fait prévaloir l'accord multilatéral sur la convention franco-sénégalaise, pourtant postérieure. Mais la motivation de l'arrêt ne permet pas de déterminer si cette solution est guidée par la volonté de faire prévaloir un traité multilatéral sur un accord bilatéral ou par le souci de donner la priorité à un traité visant la protection des droits fondamentaux. Un doute perdure également s'agissant de l'affaire *ASSOBACAM* (*CE, 11 mai 1994, Assoc. bananière camerounaise et a.* : *JurisData* n° 1994-044950 ; *Rec. CE 1994, p. 228* ; *RFDA 1994, p. 824, note D. Ruzie*) dans laquelle le Conseil d'État a fait prévaloir la convention dite de Lomé IV sur les traités bilatéraux de coopération signés antérieurement par la France avec les États associés. Une fois encore, la brièveté des motifs n'indique pas si, pour ce faire, le Conseil d'État s'est fondé sur le caractère multilatéral de la convention de Lomé, sur sa posteriorité au regard des traités bilatéraux visés ou sur une application, s'agissant d'un accord mixte signé par la Communauté européenne et ses États membres, de l'ex-article 234 TCE (*actuel 307*) qui organise les rapports entre le droit communautaire et les conventions antérieures conclues par les États membres avec des tiers. Ainsi, la jurisprudence du Conseil d'État jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix n'offre guère de solution claire au problème des conflits entre conventions internationales. Traduisant l'inconfort de la position du juge administratif français face à cette question, elle témoigne de sa volonté de la contourner le plus souvent possible.

56. – Esquisse d'une solution de principe : renvoi aux principes du droit international coutumier – Par un arrêt discret rendu par deux sous-sections réunies et passé relativement inaperçu (*V. toutefois les réflexions de D. Ruzie, Actualité jurisprudentielle* : *RFDA 2000, p. 867*. – *G. Teboul, Nouvelles réflexions sur le droit international non écrit dans la jurisprudence du juge administratif et du juge judiciaire français* : *RDP 2001, p. 1115*), le Conseil d'État a posé une règle générale permettant d'appréhender les conflits entre normes internationales. En disposant que "dans le cas de concours de plusieurs engagements internationaux, il y a lieu d'en définir les modalités d'application respectives conformément à leurs stipulations et en fonction des principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions

internationales", l'arrêt *Zaïdi* (CE, 21 avr. 2000, cité *supra* n° 52) semble en partie mettre fin aux atermoiements de la jurisprudence antérieure. Certes la solution ainsi posée peut paraître quelque peu paradoxale compte tenu de la réticence marquée du juge administratif à l'égard de la coutume internationale (V. *supra* n° 35). La volonté du Conseil d'État de traiter frontalement la question est d'ailleurs d'autant plus manifeste qu'en l'espèce l'incidente ci-dessus rappelée était inutile, le conflit étant surmonté par le biais de l'interprétation. Pour apprécier la légalité de la mesure de reconduite à la frontière prise à l'encontre du requérant, la Haute juridiction administrative devait examiner l'existence d'une éventuelle contradiction entre l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 qui régit l'entrée et le séjour en France des ressortissants algériens et la convention de Schengen qui harmonise certains éléments de la politique migratoire des États parties. Alors que le premier impose que les ressortissants algériens soient munis d'un "visa délivré par les autorités françaises", le second institue un visa uniforme délivré par n'importe lequel des États parties et donnant le droit de circuler librement sur le territoire Schengen. En dépit des exigences apparemment contradictoires posées par ces deux conventions, le Conseil d'État a estimé que les stipulations de la convention de Schengen "ne sont pas incompatibles" avec les règles posées par l'accord franco-algérien. Pour ce faire il a procédé à une relecture de ce dernier texte comme exigeant en fait un visa délivré par les autorités françaises ou un visa uniforme délivré par n'importe lequel des États parties à la convention du 19 juin 1990. Ajoutant aux dispositions de l'accord franco-algérien, cette interprétation un peu forcée (d'autant que l'accord franco-algérien avait été en dernier lieu modifié après la signature de la convention de Schengen) permet ainsi au juge administratif de surmonter le conflit.

57. – Incertitudes persistantes – Outre que l'arrêt *Zaïdi* avait été rendu dans une formation curieuse pour une solution de principe portant sur une question de cette importance, le Conseil d'État a continué de privilégier après cet arrêt les stratégies d'évitement comme en témoignent les affaires *Cucicea-Lamblot* (CE, 25 oct. 2000, n° 212315 : *JurisData* n° 2000-061200 ; *Rec. CE* 2000, p. 460 ; *AJDA* 2001, p. 284, concl. C. Maugué) et *El-Abd* (CE, 20 déc. 2000 : *JurisData* n° 2000-161372 ; *Rec. CE* 2000, p. 641 ; *Dr. adm.* 2001, comm. 91, note E. Aubin ; *LPA* 23 oct. 2001, n° 211, p. 14, note C. Courmil), relatives toutes deux à la conciliation entre le dispositif Schengen et la Convention européenne des droits de l'homme. Les requérants attaquaient dans les deux espèces des refus de visa qui leur étaient opposés par les autorités consulaires. Si ces refus étaient fondés sur l'article 5 de la convention du 19 juin 1990 qui définit les conditions

de délivrance des visas, ils étaient le cas échéant susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la vie familiale des requérants et donc de violer les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, adoptant en la matière un raisonnement proche de celui retenu dans l'affaire *Mme Larachi*, le Conseil d'État va estimer que les deux normes internationales en cause ne sont pas incompatibles. En effet, et dans la mesure où le paragraphe 2 de l'article 5 de la convention Schengen permet de déroger aux conditions posées par le paragraphe 1 pour "des motifs humanitaires (...)" ou en raison "d'obligations internationales", les autorités administratives peuvent sur cette base examiner le bien-fondé de la délivrance d'un visa au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

La combinaison entre elles de ces différentes voies demeurait donc d'une lisibilité relative.

## 2° Solution de principe

58. – Établissement d'un mode d'emploi global – Le renvoi devant l'assemblée du contentieux de l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva* a enfin permis au Conseil d'État, dans sa formation la plus solennelle, d'apporter une solution de principe globale à la question des conflits entre conventions internationales. Grâce à un considérant de principe particulièrement didactique, le Conseil d'État a posé la méthode à adopter lorsque le juge administratif est confronté, pour résoudre un litige, à l'existence de deux conventions internationales concurrentes. La première des différentes étapes logiques consiste à tenter autant que faire se peut d'éviter le conflit et sur ce point le Conseil d'État s'est borné à ordonner les différentes solutions qu'ils avaient jusqu'ici élaborées (a). La seconde consiste à faire face à ce qu'on pourrait appeler les conflits irréductibles et, sur ce point, l'arrêt du 23 décembre 2011 apporte d'incontestables éléments qui ne suffisent toutefois pas à surmonter toutes les difficultés (b).

### 58. - Résolution par le juge administratif d'un conflit de normes internationales

Lorsqu'à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application de stipulations inconditionnelles d'un traité ou accord international est soulevé un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations dont il a été fait application par la décision en cause avec celles d'un autre traité ou accord international, le juge administratif doit définir les modalités d'application respectives des normes internationales conformément à leurs stipulations.

Effectué dans le respect des principes du droit coutumier relatifs à la combinaison des conventions internationales entre elles, ce contrôle vise à assurer leur conciliation. Il autorise le juge à les interpréter le cas échéant au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public. Dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation des stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent être écartées dans le cas d'espèce, le juge doit faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise. Suivant ce raisonnement, il peut écarter le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée. Cette méthode pouvant aboutir à mettre en échec l'application d'un traité, elle peut justifier par la suite l'engagement de la responsabilité de l'État dans l'ordre international et dans l'ordre interne (*CE, ass., 19 juill. 2019, n° 424216, Assoc. Américains accidentels : JurisData n° 2019-014151*).

#### a) Évitement du conflit

59. – Applicabilité et invocabilité des traités – Par hypothèse, un conflit entre conventions internationales ne peut exister dans l'ordre juridique interne qu'à la condition que deux normes internationales soient effectivement applicables et invocables. Le Conseil d'État rappelle ainsi qu'il convient dans un premier temps de vérifier que ces conditions sont remplies ce qui, comme l'a montré la jurisprudence antérieure, devrait suffire à limiter fortement le nombre de conflits à surmonter pour le juge administratif.

60. – Conciliation par l'interprétation – Le Conseil d'État pose ensuite que le juge administratif doit "définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public". Deux méthodes sont ainsi sollicitées à ce stade par le Conseil d'État. La première, la plus classique, est celle de l'interprétation, déjà utilisée dans des affaires antérieures. L'originalité vient de ce qu'à cette interprétation-conciliation entre traités, le Conseil d'État ajoute ici une interprétation-conformité avec la Constitution. Sa motivation renvoie en effet à la logique de l'arrêt *Koné* précité (*V. supra n° 28*), sans que l'on puisse exactement mesurer ses implications dans ce cadre particulier. Il nous semble que cela suppose que dès lors que l'une des deux

conventions internationales pourrait être interprétée conformément à la Constitution, il faudrait procéder à une telle interprétation avant et/ou pendant l'opération de conciliation entre les deux conventions concurrentes.

61. – Combinaison par le recours aux principes coutumiers du droit international – La seconde voie de conciliation est celle posée par l'arrêt *Zaïdi*, c'est-à-dire celle consistant à déterminer laquelle des deux conventions concurrentes s'applique selon les règles du droit international public. Cette voie, qui semble de bon sens et pourrait a priori paraître suffire à résoudre les difficultés inhérentes aux conflits entre conventions, n'est toutefois qu'imparfaite au regard de l'incomplétude des principes coutumiers auxquels le juge administratif renvoie. Il semble que le Conseil d'État vise essentiellement par cette formule la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qui, non ratifiée par la France, a toutefois une valeur coutumière sur ce point. Logique au regard de l'importance du "traité des traités", cette interprétation est d'ailleurs corroborée par deux éléments :

- –

d'une part, dans les développements de son rapport sur "La norme internationale en droit français" consacrés à cette question, le Conseil d'État, après avoir rappelé la solution de l'arrêt *Zaïdi*, décrit et analyse les éléments pertinents de la convention de Vienne et plus particulièrement son article 30 (*Conseil d'État, Lanorme internationale en droit français, cité supra n° 41, p. 65*) ;

- d'autre part, s'agissant des affaires jugées par la Haute juridiction après le 21 avril 2000 et soulevant la question de la conciliation entre conventions internationales, les commissaires du gouvernement se sont explicitement fondés sur les dispositions de la convention du 23 mai 1969 (*concl. C. Maugüé citées supra n° 57. – concl. P. Fombeur sur CE, 28 juill. 2000, Centre cardio-thoracique Monaco : JCP G 2001, II, 10521*). Tel est également ce qu'a fait le rapporteur public Julien Boucher dans ses conclusions sur l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva*.

Mais s'il ne fait dès lors guère de doute que la convention de Vienne a vocation, sur cette question comme sur d'autres, à servir de "panneau indicateur" (*G. Teboul, Le Conseil d'État et la convention du Vienne du 23 mai 1969. Quelques*

observations, in *Dudroit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme, Mélanges Raymond Goy : Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 430*) au juge administratif, la souplesse de la formule retenue par le Conseil d'État ne lui interdit nullement de recourir à d'autres sources. Il convient sur ce point de souligner que, dans son rapport ci-dessus évoqué, le Conseil d'État a également examiné les éléments pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, indiquant par là même implicitement qu'il serait susceptible le cas échéant de s'appuyer sur d'autres éléments que la convention de Vienne. Or, ce faisant, le juge administratif ne risque-t-il pas de soulever une autre difficulté tenant à la combinaison entre elles des règles internationales permettant de concilier les conventions contradictoires ?

62. – Article 30 de la convention de Vienne – Produit d'une discussion intense nourrie par des propositions très diverses (*E. Roucouas, Engagements parallèles et contradictoires : RCADI, 1987-VI, vol. 202, p. 77*), l'article 30 de la convention du 22 mai 1969 pose en cinq paragraphes autant de règles permettant de surmonter les difficultés liées à l'existence de "traités successifs portant sur la même matière". En premier lieu, seul élément d'essence proprement hiérarchique, le paragraphe 1 inscrit en préalable la primauté de la charte des Nations unies sur toutes autres dispositions conventionnelles par renvoi à l'article 103 de la charte. En deuxième lieu, la primauté de la volonté des parties est soulignée par le paragraphe 2 qui indique que c'est d'abord en fonction des dispositions propres à chaque traité qu'il convient d'aborder la question des conventions incompatibles. Véritable invitation à la généralisation des clauses de compatibilité ou de subordination insérées dans les traités, cette disposition conduit à envisager les règles objectives posées par les paragraphes suivants comme n'ayant qu'un caractère supplétif (*A. Malan, Les conflits de conventions en droit international privé [conflits de lois] : Thèse Paris II, 2000, p. 70*). De fait, les paragraphes 3 et 4 définissent, en l'absence de clauses spécifiques, une priorité d'application entre deux traités successifs en fonction de l'existence ou de l'absence d'identité entre les parties. S'il existe une identité complète entre les parties aux deux traités, c'est en principe la *lex posterior* qui s'applique, sous réserve de la volonté des parties. Si tel n'est pas le cas, et c'est évidemment l'hypothèse la plus complexe, deux cas de figures doivent être distingués : dans les relations entre États parties aux deux traités, c'est une fois encore la *lex posterior* qui logiquement prévaut ; en revanche, dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie

à l'un des deux seulement, c'est le traité qui leur est commun qui s'applique.

Pour aussi claires qu'elles puissent apparaître, les règles posées par l'article 30 n'en suscitent pas moins une difficulté de taille : en effet, elles sont loin d'épuiser la question et d'offrir des réponses à tous les cas de figures. Ainsi, la prévalence de l'autonomie de volonté se heurte au problème difficilement surmontable de l'existence éventuelle de clauses de compatibilité posant elles-mêmes des solutions contradictoires. Surtout, les règles objectives posées par l'article 30 n'offrent de solution qu'aux problèmes les plus simples. Comme le souligne P. Reuter, dans le cas par exemple où le conflit intéresse des traités multilatéraux ne réunissant pas les mêmes États, la solution posée par le paragraphe 4 ne peut fonctionner que si le traité en cause peut être décomposé en une série d'engagements bilatéraux indépendants, ce qui n'est évidemment pas toujours possible (*P. Reuter, Introduction au droit des traités : A. Colin, 1972, p. 130*). Globalement, il est ainsi des situations dans lesquelles la convention de Vienne n'est pas d'un grand secours et où, en dernière analyse, il appartient à l'État partie à deux engagements contradictoires de choisir lequel des deux il exécutera. C'est d'ailleurs ce que l'article 30 reconnaît implicitement en réservant, dans son paragraphe 5, l'application des règles relatives à la responsabilité internationale de l'État : l'État choisit souverainement le traité qu'il exécute et les droits des tiers sont préservés par le biais de la responsabilité. Autrement dit, au terme de la convention de Vienne, "la responsabilité internationale constitue en elle-même une issue au problème du conflit de convention" (*A. Malan, Les conflits de conventions en droit international privé, cité supra n° 54, p. 69*).

63. – Autres éléments de droit international non écrit – Si l'article 30 ne fournit donc qu'une solution partielle à la question du conflit entre conventions, il convient d'ajouter que ce n'est pas la seule disposition susceptible d'intéresser le juge administratif. En effet, et compte tenu de la souplesse de la formule retenue par le Conseil d'État, d'autres éléments du droit international non écrit pourraient être pris en compte et devraient alors être combinés avec les règles précitées découlant de l'article 30. Il en est ainsi par exemple de la préséance de la *lex specialis*. Bien qu'absente de la convention du 22 mai 1969, elle peut s'analyser comme un principe général du droit international et constitue de surcroît, comme l'a démontré N. Quoc Dinh (*Évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de justice relative au problème de la hiérarchie des normes conventionnelles, in Mélanges offerts à Marcel Waline, t. 1 : LGDJ, 1974, p. 220*), une référence constante de la jurisprudence internationale relative à la

combinaison des engagements internationaux. Dans le même ordre d'idée, il conviendrait également de s'interroger sur l'existence éventuelle d'un principe de priorité d'application du traité multilatéral par rapport au traité bilatéral eu égard à certaines tendances relevées par la doctrine dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice.

Surtout, il en est également de même s'agissant des règles impératives du droit des gens qui, si elles sont inscrites dans une norme conventionnelle, intéressent directement la question du conflit entre traités. En dépit des interrogations d'une partie de la doctrine contemporaine quant à la pertinence actuelle de cette notion (par exemple *D. Carreau, Jus cogens : Rép. Droit international, Dalloz, 2007, p. 4*), rappelons que la convention de Vienne prescrit la nullité absolue des traités contraires au *jus cogens* en ses articles 53 et 64, introduisant par là même un rapport hiérarchique sans précédent entre normes internationales et donc, le cas échéant, entre traités. Mais la notion de *jus cogens* ajouterait alors un nouvel élément d'incertitude dans la mesure où la définition de son contenu suscite de multiples interrogations.

64. – Inadaptation des règles du droit international ? – L'application des principes du droit international se heurte au fait que, habitué à raisonner selon une logique fondamentalement hiérarchique, le juge administratif ne peut qu'éprouver des difficultés à user d'un corps de règles au sein duquel le principe hiérarchique est presque totalement inexistant. Deux exemples illustrent cette difficulté. Dans l'affaire *Centre cardio-thoracique de Monaco* (CE, 28 juill. 2000 : *JurisData n° 2000-061103, Rec. CE 2000, tables, p. 809 ; JCP G 2001, II, 10521, concl. P. Fombeur ; AFDI 2001, p. 520, chron. J.-F. Lachaume*), le Conseil d'État devait examiner l'existence d'une contradiction éventuelle entre un avenant à la convention franco-monégasque de sécurité sociale du 28 février 1952 et un arrangement administratif du 20 juillet 1998 relatifs à ses modalités d'application (assimilé à un engagement international). Rappelant les termes de l'arrêt *Zaidi*, le commissaire du gouvernement a estimé qu'il convenait d'interpréter l'arrangement "de façon à lui donner un sens conforme aux intentions des auteurs de la convention". Or si la solution nous paraît peu contestable en raison de l'intention claire des parties, l'argumentation du commissaire du gouvernement l'est davantage : en se fondant notamment sur une hiérarchie organique (la convention de 1952 était imputable à l'État alors que l'arrangement administratif n'était signé que par les ministres), le commissaire du gouvernement s'est selon nous appuyé sur des prémisses étrangères au droit international. Un an plus tard ces difficultés sont illustrées par un arrêt dont la solution même, et

plus seulement les motivations, paraît contestable. Dans l'affaire *Préfet des Alpes-Maritimes c/ M. Benkhata* (CE, 5 sept. 2001 : *JurisData n° 2001-063096 ; Rec. CE 2001, p. 420 ; RGDI publ. 2002, p. 711, concl. S. Austray et note F. Poirat*), le Conseil d'État a, en effet, fait application du principe *lex posterior derogat priori*. Or, comme le souligne F. Poirat dans sa note précitée, ce principe ne peut s'appliquer qu'en présence d'une succession de règles incompatibles applicables.

65. – Existence de conflits irréductibles – Ainsi, contrairement à ce que l'on pourrait spontanément croire, le renvoi aux règles du droit international n'est que d'un secours relatif. D'une part, il est des cas dans lesquels le droit international ne fournit pas de solution. Ainsi en est-il notamment de la possibilité laissée en dernière analyse à l'État partie à deux traités contradictoires mais également valides de choisir lequel des deux il exécutera. En effet, le droit international s'accommode d'une telle solution dans la mesure où la liberté de contracter, apanage de l'État souverain, s'accompagne de l'engagement éventuel de sa responsabilité en cas d'inobservation de ses obligations conventionnelles. En revanche, le juge interne, confronté à deux conventions incompatibles pour lesquelles les principes coutumiers du droit international n'indiquent aucune priorité d'application est dans une impasse. L'existence d'un mécanisme international de responsabilité lui est en l'espèce indifférent car il ne peut indiquer quelle convention doit être appliquée et ne constitue donc pas une solution. D'autre part, il est des cas dans lesquels le droit international peut fournir des solutions inopportunes.

## b) Résolution du conflit irréductible

66. – Proposition du rapporteur public dans l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva* – L'inachèvement des solutions du droit international public quand à l'application des conventions concurrentes a conduit le rapporteur public Julien Boucher dans ses conclusions précitées (*V. supra n° 1*) à se tourner vers le droit interne pour rechercher une issue. Il s'est fondé sur le fait que certains traités internationaux ont un contenu matériellement identique à la Constitution, laquelle est en droit interne la norme suprême. Il a alors estimé, dans ces hypothèses particulières, que "le traité matériellement constitutionnel se fait, pour ainsi dire, le fondé de la Constitution. Ceci le lèse, dans le prétoire du juge interne, d'une dignité particulière que le droit international, en raison de son caractère non hiérarchisé, est impuissant à lui conférer". Par suite, le rapporteur public proposait en toute hypothèse de faire prioritairement application des

traités matériellement constitutionnels sur les autres. Une telle solution paraît très attrayante en ce qu'elle permet de régler les deux questions singulièrement épineuses des conflits entre traités. En effet, compte tenu des engagements européens de la France et de l'existence des deux juridictions de Strasbourg et de Luxembourg, serait particulièrement problématique la mise à l'écart de la Convention européenne des droits de l'homme ou d'une norme de droit de l'Union. Or, bien que le rapporteur public ne se fonde nullement sur ces considérations d'opportunité et qu'il prenne même grand soin de souligner qu'il ne traite pas de la question du droit de l'Union, sa solution permet bien de dépasser toutes difficultés impliquant ces deux types de normes. La Convention européenne des droits de l'homme a, pour l'essentiel, un contenu matériellement équivalent aux déclarations de droits à valeur constitutionnelle ; le droit de l'Union peut, via l'article 88-1 de la Constitution qui prend de plus en plus d'épaisseur au fil des décisions jurisprudentielles, être également considéré comme bénéficiant d'une telle couverture constitutionnelle. Cette solution novatrice et particulièrement opportune n'a toutefois pas séduit l'Assemblée du contentieux qui lui a préféré une solution plus orthodoxe.

67. – Solution retenue par l'assemblée du contentieux – Le Conseil d'État a choisi de retenir une solution plus orthodoxe au regard de la logique du droit international et plus conforme aux modes usuels de résolutions des difficultés posées au juge administratif et impliquant des conventions internationales. En effet, il a posé que, dès lors que le juge administratif se trouve en présence d'un conflit irréductible entre deux conventions internationales en dehors de l'hypothèse de conflits impliquant le droit de l'Union européenne, il lui appartient "de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne". Le juge administratif tire ainsi pleinement les conséquences du fait que, en droit international classiquement, "l'accord des sujets de droit y est la seule source de droit et les normes qui résultent de cet accord de volonté sont d'égale valeur juridique" (*Ch. Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international : RGDIP 1932, p. 150-151*). Il appartient par suite à l'exécutif de déterminer, dans l'ordre interne, à laquelle des deux normes contradictoires il choisit de donner application, étant entendu que sa responsabilité pourra être engagée pour la violation de l'autre.

68. – Difficultés intrinsèques – Cette solution, conforme à la logique du droit international, nous

semble se heurter à deux difficultés. Du point de vue des pouvoirs du juge tout d'abord, elle constitue une régression au regard de l'abandon du renvoi au ministre des Affaires étrangères quant à l'interprétation des traités (*V. JCl. Administratif, Fasc. 22*) et quant à l'appréciation de la condition de réciprocité (*V. JCl. Administratif, Fasc. 20*). Certes, le Conseil d'État n'est pas allé jusqu'à introduire en la matière un renvoi au ministre des Affaires étrangères en bonne et due forme. Toutefois, l'idée de retenir celle des deux conventions que l'Administration a choisi d'appliquer n'est pas si différente en termes de limitation de l'office du juge. L'autre difficulté vient de ce que la solution retenue risque de laisser une large part au hasard dans la mesure où il est à craindre, au regard du nombre de conventions qui lient la France, que l'Administration appliquant une convention le fasse régulièrement sans avoir conscience qu'elle en viole une autre. Là où le renvoi préjudiciel aurait au moins permis que l'Administration opère un choix pleinement éclairé, retenir celle des deux conventions que l'Administration a simplement appliqué n'offre pas les mêmes assurances.

69. – Difficultés au regard des conflits impliquant la Convention européenne des droits de l'homme – La méthode retenue par le juge administratif pourrait conduire à des solutions particulièrement délicates à mettre en œuvre dans les hypothèses de conflit entre la Convention européenne des droits de l'homme et un autre accord international liant la France. Certes, dans l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva*, l'absence d'effet direct de l'accord bilatéral avec lequel la Convention européenne des droits de l'homme pouvait entrer en conflit, conjugué au fait que sur le fond il n'existait pas de difficulté selon le Conseil d'État, permettait de solutionner la question sans difficulté. Plus délicate est apparue la confrontation entre la Convention européenne des droits de l'homme et l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968. En effet, et au regard des principes du droit international, la solution initialement retenue par le Conseil d'État était doublement justifiée, l'application de l'accord bilatéral au détriment éventuel de la Convention européenne pouvant se fonder sur la prévalence de la *lex specialis* et sur le fait qu'il s'agissait du traité commun aux deux parties. Mais cette solution était contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a notamment fait prévaloir la convention sur un accord bilatéral d'extradition conclu entre un État partie à la convention et un État tiers (*CEDH, 7 juill. 1989, Soering c/ Royaume-Uni : RGDI publ. 1990, p. 103, note F. Sudre*), la priorité donnée à celle-ci pouvait-elle alors se fonder pour le juge administratif sur le fait qu'elle contiendrait des normes impératives ? Cette "tentation" du *jus cogens* sous-tend clairement les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Mme Larachi*, R. Abraham s'interrogeant sur

le point de savoir si l'on peut "considérer que certains traités ont une dignité, et pour être plus exact une autorité juridique, supérieures à celles des autres" (*concl. citées supra n° 51, p. 1796*) dès lors notamment qu'ils garantissent les droits fondamentaux de la personne.

Pourtant, l'utilisation dans ce cas de figure de la notion de *jus cogens* se heurterait à deux obstacles :

- d'une part, elle supposerait que soit résolue la question de l'existence de normes impératives régionales ;
- d'autre part, en France, elle pourrait se voir opposer la théorie de l'objecteur persistant puisque la France s'est refusée à ratifier la convention du 22 mai 1969 notamment en raison de son opposition, manifestée dès les travaux préparatoires, aux dispositions relatives au *jus cogens*.

Il n'en demeure pas moins que, face à une incompatibilité entre un traité et la Convention européenne des droits de l'homme, le juge administratif pourrait être tenté de ne pas suivre le cas échéant les règles posées par l'article 30 de la convention de Vienne ou le choix de l'Administration d'appliquer un traité bilatéral si cela devait conduire à écarter la convention. Dans le cas contraire, cela entraînerait automatiquement une condamnation devant la Cour européenne des droits de l'homme.

70. – Question non résolue des conflits impliquant le droit de l'Union européenne – Enfin, mais peut-être surtout au regard des questions de principe posées et de l'importance quantitative de cette source, l'arrêt *Kandyrine de Brito Paivane* dit rien de la solution à apporter à un conflit entre un acte de droit de l'Union et une convention internationale puisque le cas est expressément réservé. S'il est par hypothèse difficile de savoir quel serait le mode de raisonnement qui pourrait être adopté par le juge administratif, il pourrait être tenté, eu égard au contexte de la construction communautaire et à la plus grande efficacité de la sanction juridictionnelle communautaire, de faire prévaloir en toute hypothèse le droit de l'Union sur d'autres traités internationaux postérieurs au traité de Rome. C'est ce qu'illustre de manière implicite l'affaire *Association Alsace-Nature* (*cité supra n° 54*). Deux types de normes internationales étaient susceptibles d'être appliquées dans cette affaire :

- d'une part, la convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des

mouvements transfrontaliers de déchets dangereux ;

- et d'autre part, le droit communautaire dérivé, plusieurs directives intéressant la circulation des déchets.

Alors que les stipulations de la convention de Bâle auraient dû conduire à écarter le droit communautaire au profit de cette dernière, le juge administratif a retenu une solution diamétralement inverse au prix d'une interprétation quelque peu spéculative des normes internationales en cause.

Postérieurement à l'arrêt *Kandyrine*, le Conseil d'État a eu à se pencher sur cette problématique dans l'affaire *Air Algérie* (*V. supra n° 44*). Parmi les questions posées, deux séries avaient trait à des conflits entre le droit de l'Union européenne et d'autres normes internationales. La première série portait sur des conflits entre droit de l'Union et conventions internationales auxquelles l'Union est partie. Sur ce point, le Conseil d'État a logiquement procédé en suivant la démarche utilisée par la Cour de justice de l'Union en pareil cas, se réservant la possibilité de procéder le cas échéant à un renvoi préjudiciel notamment pour déterminer si les conventions étaient ou non d'effet direct puisque l'invocabilité de conventions à l'encontre du droit de l'Union est subordonnée à leur effet direct. Mais la réelle difficulté venait de la seconde série de questions qui touchait à de potentiels conflits entre droit de l'Union européenne (par le biais de normes nationales de transposition) et conventions internationales liant la France mais non l'Union. Sur ce point, le Conseil d'État n'a pas affronté complètement la question et nulle démarche globale comparable à celle posée par l'arrêt *Kandyrine* au sujet du droit international conventionnel n'a été clairement posée pour le droit de l'Union. Il est vrai que, comme le relevait le rapporteur public Suzanne Von Coester (que nous remercions pour la communication de ses conclusions), dans l'espèce considérée il était inutile "de prendre parti sur le sort à réserver à une disposition de transposition qui s'avérerait inconventionnelle, dès lors que [les textes attaqués] ne méconnaissent en rien les stipulations invoquées" de conventions internationales. Le Conseil d'État a ainsi pu écarter comme non fondé cette série de moyens à l'aide d'un "en tout état de cause" réservant la question de principe de la conciliation entre droit de l'Union et conventions internationales. La question demeure donc irrésolue en l'état actuel de la jurisprudence.

## **B. - Conflit entre normes conventionnelles et non conventionnelles**

71. – Priorité probable des normes conventionnelles  
– Le juge administratif ne s'est jamais explicitement prononcé sur la question d'un conflit entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle. Toutefois, leurs positions respectives au sein de la hiérarchie interne des normes fournissent des indications quant à la solution que devrait retenir le juge administratif. En effet, dans la mesure où les normes conventionnelles ont une valeur supra législative (V. *supra* n° 15) alors que le juge administratif se refuse à faire prévaloir les normes non conventionnelles sur les lois internes (V. *supra* n° 35), cette situation devrait conduire la juridiction administrative à donner la priorité au traité sur le droit international non écrit (dans le même sens L. Dubouis, *Droit international et juridiction administrative : Rép. Droit international, Dalloz, n° 88*). Toutefois, une certaine prudence s'impose dans la mesure où, s'agissant des normes non conventionnelles, le juge administratif ne s'est pas prononcé en termes de hiérarchie mais en termes de compétence juridictionnelle. Il n'est dès lors pas possible d'exclure totalement qu'en cas de conflit entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, il adopte une position comparable mutatis mutandis à celle adoptée en cas de conflits entre deux normes conventionnelles (en droit international, coutume et traité ont en principe la même valeur). Certes, cette solution serait pour le moins paradoxale. Mais rappelons que

le juge administratif, qui se refuse à contrôler la constitutionnalité des traités, accepte tout de même d'écarter ces derniers dès lors qu'une norme constitutionnelle vient couvrir l'inconventionnalité d'une loi (V. *supra* n° 32).

### C. - Conflit entre normes non conventionnelles

72. – Incertitude – Aucun élément jurisprudentiel ne vient pour l'instant illustrer l'hypothèse d'un conflit entre deux normes non conventionnelles. Il est vrai que l'on peine à imaginer que le juge administratif puisse un jour faire face à ce type de difficultés. En effet, eu égard à la rareté des normes non conventionnelles répondant aux conditions d'applicabilité fixées par la juridiction administrative (V. *JCL. Administratif, Fasc. 20*), il est peu probable que deux d'entre elles soient simultanément applicables à un litige donné. Surtout, le mode même de formation de la coutume ou des principes généraux de droit international rend peu probable l'existence d'un tel conflit. Partant, la question du conflit entre normes internationales ne suscite de réelles difficultés pour le juge administratif que dans l'hypothèse de traités contradictoires.