

**CONSEIL D'ÉTAT****Acte de gouvernement – Conflit de normes conventionnelles – Contrôle de constitutionnalité des normes conventionnelles – Contrôle de conventionnalité – Effet direct – Interprétation conciliatrice – Protection diplomatique – Rapports interconventionnels**

**CE ass., 23 déc. 2011, n° 303678, Kandyrine de Brito Paiva**

(Lebon 623, avec concl. J. Boucher ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 30 déc. 2011, comm. S. Slama ; *RFDA* 2012. 1, concl. J. Boucher, p. 19 avis d'*amicus curiae* (G. Guillaume) et note D. Alland ; *JCP E* 2012-5, p. 50, note P. Derouin ; *AJDA* 2012. 201, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *Dr. adm.* 2012-6, p. 9, note M. Gautier ; *RGDIP* 2012-1, p. 210, note J. Matringe ; *AJIL*, vol. 106, 2012, p. 353, note E. Bjorge ; *JCP* 2012-24, p. 1187, chron. Gweltaz ; *JCP* 2013-11, p. 568, chron. M. Bertrand *et al.* ; *Constitutions* 2012. 295, note A. Levade ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 71-73, p. 17, note B. Seiller)

**ARRÊT**

Considérant que, lorsque le juge administratif est saisi d'un recours dirigé contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ; qu'en revanche, *sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, 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 ; qu'il incombe dans ce cas 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 ; que 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 admi-*

*nistrative 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'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en écartant le moyen tiré de la contrariété avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la condition de nationalité prévue par le décret du 3 juillet 1998 en application de l'accord du 27 mai 1997 présenté devant elle par M. A, au seul motif qu'il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer sur la validité des stipulations d'un engagement international au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France, sans rechercher, après s'être assuré que cette convention était entrée en vigueur dans l'ordre juridique interne et était invocable devant lui, s'il était possible de regarder comme conciliables les stipulations de cette convention et celles de l'accord susmentionné du 27 mai 1997, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ; que, par suite, son arrêt du 18 octobre 2006 doit être annulé, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

(...)

*Sur le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'accord du 27 mai 1997 par les dispositions de l'article 73 de la loi du 2 juillet 1998 et celles de l'article 6 du décret du 3 juillet 1998 :*

Considérant d'une part, qu'il résulte des dispositions précédemment citées de la loi du 2 juillet 1998, éclairées par les débats parlementaires, dont l'article 6 du décret du 3 juillet 1998 a fait une juste application, que s'agissant des titres relevant du § A de l'article 1<sup>er</sup> de l'accord du 27 mai 1997 signé entre la France et la Russie, auquel la loi renvoie, seuls les ressortissants de nationalité française peuvent déposer leurs titres à fin de recensement ; que, d'autre part, l'accord du 27 mai 1997 tend à permettre le règlement définitif des créances réciproques, financières et réelles, apparues antérieurement au 9 mai 1945 entre la France et la Russie ; que l'article 1<sup>er</sup> de cet accord réserve la possibilité d'enregistrement des créances aux personnes disposant de la nationalité française ; qu'il résulte tant de l'objet que des termes des stipulations de l'accord conclu entre la France et la Russie que ce dernier a entendu apurer un contentieux financier entre ces deux États, le règlement des litiges liés aux créances entre les particuliers et chacun de ces États demeurant exclusivement de la compétence nationale ; qu'ainsi ces stipulations ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers ; que le requérant ne peut par conséquent utilement invoquer, à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation de la décision administrative contestée, un moyen tiré de la méconnaissance par la loi du 2 juillet 1998 et le décret du 3 juillet 1998 des stipulations de l'accord du 27 mai 1997 signé entre la France et la Russie ;

*Sur le moyen tiré de la méconnaissance de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :*

Considérant que M. A soutient que les dispositions précitées de la loi du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, ainsi que celles du décret du 3 juillet 1998 qui subordonnent l'enregistrement des créances des porteurs de valeurs mobilières à la justification de leur nationalité française lors de cet enregistrement sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à cette convention, en ce qu'elles instaurent une discrimination fondée sur la nationalité ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à cette convention : "Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens.

Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes' ; qu'aux termes de l'article 14 de cette convention : "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation' ;

Considérant que les dispositions critiquées prévoient les modalités d'indemnisation des porteurs de titres russes au titre de l'accord du 27 mai 1997 ; que, ainsi qu'il a été dit, M. A est propriétaire de titres entrant dans le champ de l'indemnisation prévue ; que, dès lors, le requérant peut se prévaloir d'un droit patrimonial, qui doit être regardé comme un bien au sens des stipulations précitées de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et peut demander au juge d'écarter l'application des dispositions de l'article 73 de la loi du 2 juillet 1998 et de l'article 6 du décret du 3 juillet 1998 en invoquant leur incompatibilité avec les stipulations de l'article 14 de la convention ;

Considérant qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue ne peut être regardée comme discriminatoire, au sens de ces stipulations, que si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la disposition applicable ; qu'en l'espèce en signant avec la Fédération de Russie l'accord du 27 mai 1997, la France a mis un terme à un contentieux entre États ; qu'il était matériellement impossible de déterminer, pour l'ensemble des titres indemnisés, la nationalité de leurs porteurs à la date où est intervenue la dépossession ; que la France a obtenu le versement d'une indemnisation au profit des ressortissants français porteurs de titres d'emprunts russes en échange de l'abandon de sa protection diplomatique au soutien de la revendication de ces créances ; qu'eu égard à l'objet de cet accord, à la contrepartie qu'il comporte, aux modalités pratiques de sa mise en œuvre et à l'impossibilité d'identifier les porteurs de titres à la date de leur dépossession, la limitation de l'indemnisation aux seuls ressortissants français par l'article 1<sup>er</sup> de l'accord du 27 mai 1997 n'est, en tout état de cause, pas incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à cette convention ;

[Annulation et rejet au fond].

## OBSERVATIONS

- 1 « Cette affaire a été portée devant votre formation de jugement pour vous permettre de préciser votre jurisprudence en ce qui concerne l'office du juge administratif en cas de concours de traités internationaux » ; ainsi débutent les conclusions de M. Julien Boucher sur l'arrêt d'assemblée commenté (*Lebon* 627). Voici qui ne laisse pas place au doute : en envoyant l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva* devant l'assemblée plénière du Conseil d'État, l'intention était de susciter un « grand arrêt » destiné à faire jurisprudence sur une question controversée.

**2** L'importance accordée à la question est confirmée par la première procédurale constituée par la demande d'un avis d'*amicus curiae* adressée à M. Gilbert Guillaume, conformément à l'article R 625-3 du Code de justice administrative (depuis lors, la Haute Juridiction n'a suscité un tel avis que dans l'affaire *Vincent Lambert* (v. CE 24 juin 2014, n° 375081 – v. aussi CAA Nantes, 29 nov. 2013, n° 11NT02489) et n'en a, semble-t-il, jamais reçu de spontané). Aux termes de cette disposition, figurant dans le décret n° 2010-164 du 22 février 2010, « [l]a formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ». En l'espèce, la question posée à cette personnalité qui cumule les qualités d'ancien conseiller d'État, d'ancien directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et d'ancien président de la Cour internationale de Justice, était de savoir si, « lorsqu'il est saisi d'un moyen, qu'il estimerait recevable, arguant de l'incompatibilité des stipulations d'un traité avec celles d'un autre accord international, en particulier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, quelles règles, tirées tout particulièrement du droit international public, le juge peut-il utiliser pour apprécier l'articulation entre eux de ces accords internationaux ? » (v. l'avis d'*amicus curiae* de G. Guillaume, p. 19). Et tel est en effet, le cœur du problème que le Conseil s'est employé à clarifier par l'arrêt commenté.

L'affaire est liée à l'épilogue de la longue saga juridico-diplomatique qui a opposé la France à la Russie suite à la répudiation sans indemnité par les Bolcheviks, dès 1917, des dettes contractées par la Russie tsariste (v. S. Szurek, « Mise en perspective de l'Accord franco-russe », in P. Juillard et B. Stern (dir.), *Les emprunts russes...*, p. 29-38). Jusqu'à la chute du mur, la France exerça en vain sa protection diplomatique en faveur de ses ressortissants détenteurs de titres constitutifs de la dette russe. À partir de 1990, les négociations se firent plus prometteuses et, le 7 février 1992, les deux pays conclurent un traité par lequel ils s'engageaient « à s'entendre, si possible dans des délais rapides, sur le règlement des contentieux soulevés par chaque Partie relatifs aux aspects financiers et matériels des biens et intérêts des personnes physiques et morales des deux pays ». Conformément à cet engagement, ils conclurent, en 1996 un mémorandum d'accord à cette fin, complété et précisé par l'Accord sur le règlement définitif des créances réciproques financières et réelles apparues antérieurement au 9 mai 1945, signé à Paris le 27 mai 1997 (ci-après : « l'Accord » – v. S. Szurek, *AFDI* 1998). Aux termes de cet accord, les ressortissants français détenteurs de titres d'emprunts russes pouvaient être indemnisés selon les modalités assez complexes qu'il fixait et qui furent précisées par des textes législatifs et réglementaires français en 1997 et 1998.

**3** Malgré la limitation du bénéfice de ces dispositions aux seuls ressortissants français, M. E. J. Kandyrine de Brito Paiva, de nationalité portugaise, demanda l'enregistrement des titres russes acquis par voie de suc-

cession d'un Français. S'étant heurté à un refus, il a porté l'affaire devant le Tribunal administratif puis la cour administrative d'appel de Paris qui, tous deux, rejetèrent son recours (jugement du 20 juin 2003 et arrêt du 18 oct. 2006), ce qui le conduisit à se pourvoir en cassation devant le Conseil d'État.

- 4 L'arrêt de la cour d'appel (n° 03PA04248) avait rejeté l'appel du requérant pour deux motifs. En premier lieu, la Cour avait estimé « que les dispositions (...) du premier alinéa de l'article 6 du décret du 3 juillet 1998 qui subordonnent l'enregistrement des créances des porteurs de valeurs mobilières à la justification de leur nationalité française lors de cet enregistrement se bornent à faire application des stipulations de l'accord du 27 mai 1997 et de celles (...) de l'article 73 de la loi du 2 juillet 1998 qu'elles ne méconnaissent donc pas... ». En second lieu, elle avait considéré que M. Kandyrine de Brito Paiva n'avait fait l'objet d'aucune discrimination fondée sur la nationalité « contraire aux principes fondamentaux de l'Union européenne tels qu'ils résultent de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » car « les dispositions dont il lui a été fait application sont reprises des stipulations de l'accord du 27 mai 1997 dont il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la validité s'agissant d'un engagement international, au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ». Tout en confirmant ce motif, déjà classique, le Conseil d'État censure la décision de la cour d'appel pour avoir omis de tenter de combiner les conventions internationales applicables et, faute de conciliation, « 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'écartier, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée ».
- 5 Tel est l'apport essentiel de l'arrêt commenté, qui donne des directives utiles sur la conduite à suivre en cas de pluralité d'engagements internationaux. Bien qu'en apparence le Conseil d'État consacre une solution classique lorsque sont invoqués devant la juridiction administrative deux ou plusieurs engagements internationaux prétendus contradictoires, il en définit la portée (en la restreignant) (I) et, surtout, il indique la méthodologie à suivre pour les départager le cas échéant (II). En outre, bien que ces aspects aient – à juste titre – moins retenu l'attention des commentateurs, l'arrêt *Kandyrine* traduit la conception frileuse qu'a le Conseil d'État des droits qu'une personne privée peut détenir en vertu d'accords internationaux (III).

## I. – La consécration apparente d'une solution traditionnelle

### A. – *Le principe proclamé : l'incompétence du juge administratif pour se prononcer sur la validité d'un traité au regard d'autres engagements internationaux*

- 6 En considérant qu'« il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements

internationaux souscrits par la France », le Conseil d'État reproduit la formule de l'arrêt *SARL du parc d'activités de Blotzheim*\* de 1998 et qui est restée depuis lors la formulation dominante (v. not. CE 8 juill. 2002, *Commune de Porta*\* ; v. aussi : CE 30 juill. 2003, *Association Gurekin et Coordination des comités de soutien aux prisonniers politiques basques*, n° 237649, *Lebon* 614), elle-même reprise presque mot pour mot de celle retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 juillet 1980, relative à la *Convention franco-allemande d'entraide judiciaire*\* mais avec la nuance que le juge de la rue Montpensier avait préféré le mot « conformité » à « validité » (v. le cons. 7 ; v. aussi : Cons. const. 25 juill. 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen*, n° 91-294 DC, *Rec.* 91, cons. 60). Bien que la raison n'apparaisse ni dans les motifs de la décision, ni dans les conclusions du rapporteur public Rémi Keller (*RFDA* 2010. 980), dans l'arrêt *Fédération nationale de la libre pensée*\* du 9 juillet 2010, le Conseil d'État revient également au mot « conformité ». Le terme est, en effet, plus adapté car il ne s'agit pas d'apprécier la « validité » du traité en lui-même, mais seulement de se prononcer sur son applicabilité en l'espèce ; il n'en n'est pas moins trompeur car il donne l'impression que le juge se prononce sur la conformité d'un traité par rapport à l'autre.

- 7 Tel n'est pas le cas pour deux catégories de raisons. Des raisons de fond d'abord, qui tiennent à la structure du droit international. Comme l'expliquent fort bien l'*amicus curiae* (p. 20) et le rapporteur public, M. Julien Boucher (p. 634-635), en l'absence de hiérarchie entre les normes du droit international – qui découle de l'absence de hiérarchie entre leur sources (c'est-à-dire les processus qui sont à l'origine de leur juridicité) sous la seule réserve du *jus cogens* (sur ce point, v. *infra*, § 30-31) un traité ne peut en « invalider » un autre. Par ailleurs, « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État » (CPIJ, 17 août 1923, *Wimbledon*, *Série A*, n° 1, p. 25) et rien ne peut empêcher un État de conclure, dans sa sagesse souveraine, des traités incompatibles.
- 8 La seconde série de raisons puise sa source dans l'hésitation traditionnelle du juge français à s'immiscer « dans la conduite des relations internationales de la France » sur laquelle plane toujours « l'ombre de l'acte de gouvernement » (N. Questiaux, « L'application du droit international conventionnel par le juge administratif », in SFDI, colloque de Grenoble, 1970, *L'application du droit international par le juge français*, Armand Colin, 1972, p. 63). Les actes qui relèvent de l'exercice de la fonction diplomatique et ne sont pas détachables de celle-ci, « échappe[ent], par suite, à tout contrôle juridictionnel » (CE, ass., 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France*, n° 171277, *Lebon* 347 ; 29 déc. 1997, *Société Héli-Union*, n° 138310, *Lebon* 501 ; 10 avr. 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, n° 255905, *Lebon T.* 707), étant cependant rappelé que la notion d'acte de gouvernement s'est considérablement amenuisée au fil du temps : si elle a encore un rôle à jouer pour des actes liés à la conclusion des traités (CE, sect., 1<sup>er</sup> juin 1951, *Société des étains et wolfram du*

*Tonkin*, n° 98750, *Lebon* 312) ou à leur suspension (CE 18 déc. 1992, *Préfet de la Gironde\**), elle est fermement abandonnée en matière d'interprétation des conventions (comp. CE 5 août 1921, *Goffart*, n° 60226, *Lebon* 833 avec CE 29 juin 1990, *GISTI\**) et de la plupart des actes relatifs à l'application d'un traité (v. en ce sens, CE 15 oct. 1993, *Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong\**; v. aussi le commentaire de l'arrêt *Prince Napoléon* dans *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd., 2013, p. 22-25).

- 9 Conséquence inéluctable de ces considérations : les juges internes ne sauraient se prononcer sur la validité des engagements internationaux de la France dès lors qu'ils n'ont pas été déclarés inconstitutionnels par le Conseil constitutionnel (v. *supra*, le commentaire de l'arrêt *Nicolo\**, § 26). En outre, comme le rappelait le commissaire du gouvernement dans l'affaire du *Parc d'activités de Blotzheim\**, M. Gilles Bachelier, le moyen visant à mettre en cause le contenu d'un traité « se rattache aux rapports que la France entretient avec les États étrangers et s'analyse donc, là aussi, en une critique de la conduite des relations internationales de la France » qui « échappe en raison de sa nature à toute discussion devant le juge » (*Lebon* 1998, p. 486). Très logiquement, le Conseil d'État en déduit qu'« il [ne lui] appartient pas (...) statuant au contentieux de contrôler le contenu d'un (...) accord international » (7 févr. 2003, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, n° 244043, *Lebon* T. 615 ; ou CE 28 avr. 2004, *Commune de Chamonix Mont-Blanc*, n° 245255, *Lebon* T. 546).
- 10 Sauf l'hypothèse (contestée) du *jus cogens* (v. *infra*, § 30-31), le juge du fond ne peut donc jamais apprécier la validité d'un traité : le moyen tiré de sa contrariété avec la Constitution est irrecevable (v. CE 9 juill. 2010, *Fédération nationale de la libre pensée\**), et, les traités étant tous situés à la même place dans la hiérarchie des normes – tant internationale qu'interne – un traité en vigueur ne peut en invalider un autre. Il ne s'agit pas davantage de conformité qui supposerait, également, la subordination de l'un des traités invoqués à l'autre. Le seul contrôle envisageable est un contrôle de non-contrariété, ce qui suppose que soit vérifiée non la conformité mais la *compatibilité* de chacun des traités en cause avec l'autre ou les autres, sans qu'aucune relation hiérarchique ne s'installe entre eux.
- 11 Du reste, l'arrêt *Kandyrine* n'encourt pas de critiques à cet égard : s'il parle de validité, c'est pour dire qu'il n'« appartient pas [au Conseil d'État] de se prononcer » sur ce point. Mais il précise aussitôt qu'en revanche « peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, 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 ». Ce faisant, le Conseil souligne que ce n'est pas directement le contenu du traité qui est visé, mais son application par l'administration française. C'est à ce titre qu'il peut se prononcer sur la *contrariété* des mesures

d'application de l'Accord franco-russe avec la Conv. EDH. Il ne s'agit donc pas d'apprécier directement la compatibilité des deux engagements internationaux concernés entre eux mais avec la décision d'application en vertu de laquelle a été prise la mesure attaquée. On est donc en présence d'une relation trilatérale traité A (ici l'Accord franco-russe) / décision de mise en œuvre (ici le décret du 3 juillet 1998 pris en application de l'Accord) / traité B (ici la Conv. EDH), qui suppose en principe non l'appréciation directe de la compatibilité entre les deux traités mais de celle de la décision d'application avec chacun d'eux. Si tel est le cas, « [l]e conflit de traités se réduirait alors à un contrôle de la conformité d'un acte interne exercé, le cas échéant, successivement au regard de plusieurs traités » (Alland, p. 34) ; bien que cette hypothèse n'ait été avancée qu'avec prudence et au conditionnel, il nous semble qu'elle correspond à la réalité. Cela peut avoir une certaine importance pratique car, comme on l'a écrit à juste titre, « [u]n acte peut être compatible avec un traité et contraire à un autre traité sans pour autant que les traités soient contradictoires » (*ibid.*, p. 33).

### **B. – La limitation du principe aux recours dirigés contre le décret de publication d'un traité**

- 12 Bien qu'il semble consacrer un principe traditionnel, l'arrêt commenté n'en participe pas moins au mouvement général qui, depuis l'arrêt *Nicolo\** (1989), pousse le Conseil d'État à reconnaître de plus en plus largement sa compétence en matière de relations internationales, et, en particulier à accepter de plus en plus libéralement que des actes liés à la conclusion et à l'application des traités sont détachables de ceux-ci (v. *supra* § 8). Ceci ressort clairement de la formule « lorsque le juge administratif est saisi d'un recours dirigé contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international... ». Il en résulte *a contrario* que lorsque la décision attaquée n'est pas le décret de publication d'un traité, le juge peut se prononcer sur l'incompatibilité invoquée. C'est du reste ce que dit expressément le considérant suivant : « *En revanche* », – l'expression est significative – « ... peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, 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 ».
- 13 Ce faisant, le Conseil d'État circonscrit les limites de son incompétence pour examiner la compatibilité de dispositions conventionnelles entre elles, que des arrêts antérieurs avaient semblé étendre à tous les recours formés contre des mesures d'application des traités quelles qu'elles soient. Ainsi, dans l'arrêt *Association Gurekin et Coopération des comités de soutien aux prisonniers politiques basques* du 30 juillet 2003 préc., le Conseil a appliqué sa formule traditionnelle (v. *supra* § 6) pour écarter un moyen tiré de la violation de deux articles

du traité instituant la Communauté européenne, au prétexte « que la décision attaquée a[vait] été [...] prise en application de l'article 2 de la Convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen » (v. en ce sens les concl. de J. Boucher, p. 632 – pour d'autres exemples de refus de contrôler la compatibilité de mesures d'application d'un traité à un autre traité, v. 7 févr. 2003, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, préc.). Au contraire, dans un arrêt *Zaïdi* du 21 avril 2000, la Haute Juridiction avait estimé 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 » et s'était assurée de la compatibilité entre certaines stipulations de l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 et de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 (n° 206902, *Lebon* 159 ; v. aussi : CE, sect., 16 juin 1961, *Société pour la préfabrication des matériaux (SOPREMA)*, n° 46093, *Lebon* 410 : examen comparé d'accords successifs conclus entre la France et Madagascar en matière de justice ; CE 11 mai 1994, *Association bananière (ASSOBACAM) et autres et Compagnie fruitière Import*, n° 144838, *Lebon* 228 : préférence à une convention multilatérale postérieure (Lomé IV, 1989) sur des accords antérieurs de coopération). Comme l'écrivent les chroniqueurs de l'*AJDA*, avec *Kandyrine*, « la décision *Association Gurekin* tombe donc en disgrâce au profit du courant théorisé par la décision *Zaïdi* » (pour des précédents, v. not. : CE 27 févr. 1987, *Ministre du Budget c/ Nguyen Van Giao*, n° 50541, *Lebon* 77 ; CE 16 mars 1988, *Ministre de l'Intérieur et de la décentralisation c/ Kanapathipillai*, n° 68033, *Lebon* 121 ; CE 22 mai 1992, *Mme Larachi*, n° 99475, *Lebon* 203 ; CE 25 oct. 2000, *Mme Cucicea-Lamblot*, n° 212315, *Lebon* 460 ; CE 20 déc. 2000, *Mme El Abd*, n° 202207, *Lebon* 641). Dorénavant, excepté lorsqu'il est saisi d'un recours contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international, le juge administratif devrait accepter de se prononcer sur la compatibilité de plusieurs engagements internationaux de la France et de tirer les conséquences d'une incompatibilité éventuelle.

### C. – La spécificité préservée du droit de l'Union européenne

- 14 Se trouvent également explicitement exonérés de l'application du principe énoncé par l'arrêt *Kandyrine* les « cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne ». On peut se demander si l'exception ainsi formulée couvre toutes les hypothèses dans lesquelles le droit de l'Union est « en cause ».
- 15 Il n'est pas douteux que cette formulation très générale couvre tant le droit européen originaire que le droit dérivé. L'incidente réservant le cas de l'ordre juridique de l'UE doit en effet être interprétée à la lumière des conclusions du commissaire du gouvernement Boucher, qui avait expliqué qu'à la différence du droit international général, « il existe bien

une hiérarchie, dans l'ordre juridique des organisations internationales, entre le droit primaire et le droit dérivé : le cas du droit dérivé de l'Union européenne, qui organise, pour assurer le respect de cette hiérarchie, une coopération entre les juridictions nationales et la Cour de Justice de l'Union européenne... » (p. 635). Le respect de cette hiérarchie doit être assuré dans le cadre de cette coopération, ce qui justifie une exception aux principes posés par l'arrêt *Kandyrine*.

- 16 Dès lors qu'est en cause la supériorité du droit de l'Union, il semble n'y avoir aucune raison pour ne pas suivre le raisonnement du Conseil qui, dans l'affaire *Conseil national des barreaux*\* (CE, sect., 10 avr. 2008), a semblé accepter d'examiner la compatibilité d'une directive communautaire, sur la base de laquelle avait été prise la décision contestée « avec les droits fondamentaux garantis par [l]es stipulations » de la Conv. EDH, puis considéré « qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de Justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne » (aujourd'hui article 267 du TFUE) (dans le même sens, v. C. Maugué, « Le contrôle des ordonnances de codification », concl. sur CE 17 mai 2002, *Hoffer et autres*, n° 232359, in *RFDA* 2002. 917 – le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur ce point). Certes, la décision *Conseil national des barreaux* « pousse loin les possibilités d'interprétation conforme d'une directive à la lumière d'une norme étrangère au droit de l'Union » (Domino et Bretonneau, p. 203), mais, en définitive, elle préserve le monopole d'interprétation appartenant en la matière à la CJUE. Selon l'heureuse formule du commissaire du gouvernement, M. Mattias Guyomar, dans ses conclusions sur cette affaire, le Conseil d'État occupe, « s'agissant de l'articulation des normes communautaires et conventionnelles, toute [sa] place sur la scène des juridictions européennes, mais rien que [sa] place » (« Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. À propos du secret professionnel des avocats », *RFDA* 2008. 578).

## II. – Une construction prétorienne utile (les modalités de l'examen de compatibilité)

- 17 Par l'arrêt *Kandyrine*, le Conseil d'État ne se borne pas à confirmer sa jurisprudence traditionnelle en cas de pluralité d'engagements internationaux et à en fixer les limites, il donne aussi des directives précises sur la conduite à tenir lorsqu'il lui appartient d'examiner la compatibilité des dispositions d'un traité ou accord dont la décision entreprise fait application avec celle d'un autre engagement international de la France. Dans cette hypothèse, le juge administratif doit se livrer à un examen en trois étapes qu'il convient de présenter brièvement.

**A. – Première étape : vérification de la réunion des conditions du conflit**

- 18 Le troisième considérant de l'arrêt commenté définit les conditions préalables dont dépendent la survenance d'un conflit entre les dispositions conventionnelles invoquées et donc la recherche de leur conciliation ou de la norme qui devra prévaloir. Il le fait curieusement de manière asymétrique puisque, à s'en tenir à la lettre de la décision, - le problème se poserait si les « stipulations » (un mot constamment et fâcheusement préféré par le Conseil d'État à celui plus exact, car moins exclusivement contractuel, de « dispositions ») du seul traité en vertu duquel la décision contestée a été prise sont « inconditionnelles » ; - tandis que le juge administratif devrait vérifier que les dispositions de l'autre traité ou accord prétendument applicable, et de lui seul, « sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui ».
- Selon un commentateur « il est évident que ces caractéristiques (ou ces trois conditions si l'on préfère) devraient être le lot commun de tous les engagements internationaux en présence et par conséquent leur être appliquées » (D. Alland, p. 32). À vrai dire, cette « évidence » s'impose assurément s'agissant des deux dernières (l'entrée en vigueur et l'invocabilité) ; elle est moins indiscutable s'agissant de l'inconditionnalité.
- 19 Le professeur Denis Alland a critiqué l'exigence d'inconditionnalité en faisant remarquer que la notion est ambiguë en droit international, du fait, en particulier, qu'en règle générale, le droit international laisse aux États la liberté de choisir les moyens de mettre en œuvre leurs obligations internationales (*ibid.*, p. 32-33) ; c'est exact mais il paraît assez clair que c'est une inconditionnalité matérielle et non formelle que le Conseil d'État avait à l'esprit en utilisant l'expression, ce que confirme l'explication rapide donnée par le rapporteur public : est envisagé le cas « de stipulations d'un premier traité qui ne laissent à l'autorité compétente aucune marge d'appréciation quant au sens de la mesure à prendre » (p. 637) (pour un exemple de compétence non liée résultant d'un accord international, v. : CE 20 déc. 2000, *Mme El Abd*, préc. ; pour un ex. de compétence liée (bien que l'expression n'y figure pas, v. : CE 22 mai 1992, *Larachi*, préc.).
- 20 Il n'en reste pas moins que le mot « inconditionnelles » n'est pas très heureux – qu'il s'agisse d'ailleurs du premier ou du second traité. Il est parfaitement concevable qu'un traité ouvre un ou des choix (limités) aux parties et que la décision contestée y soit conforme mais ne le soit pas aux possibilités – qui peuvent, elles aussi, être diverses – offertes par l'autre traité. Dans ce cas, il y a incompatibilité entre les deux traités (et entre la décision contestée et le second engagement international), mais il n'est pas approprié de parler de « stipulations *inconditionnelles* ». À vrai dire, la question est tout simplement de savoir si en s'acquittant de ses obligations en vertu du premier traité, dans les limites qu'il prévoit, la France peut respecter les obligations lui incombant en vertu du second. Si ce n'est pas le cas, surgit notre problème.

- 21** Qu'il faille que les deux traités concurrents (et pas seulement celui posant les obligations prétendument violées) « soient en vigueur dans l'ordre interne », voilà qui relève de la lapalissade et ne mériterait pas que l'on s'y arrête :
- si, très curieusement, le Conseil d'État n'avait utilisé l'expression « stipulations... en vigueur » – or, et en tout cas dans le cadre du monisme constitutionnel, ce sont les instruments conventionnels (traités ou accords) qui « entrent en vigueur », rendant, de ce fait, leurs dispositions applicables ; et
  - si, tout aussi curieusement, un analyste éminent ne s'était offusqué que la Haute Juridiction eût précisé que cette entrée en vigueur devait se vérifier « dans l'ordre juridique interne » (Alland, p. 32) ; c'est pourtant le seul qui importe pour le juge interne ; au surplus, la condition de réciprocité inscrite dans l'article 55 de la Constitution exclut tout risque de voir le juge administratif ou judiciaire appliquer un traité qui ne serait pas en vigueur dans l'ordre juridique international (*cf.* Cons. const. 20 mai 1998, *Loi organique relative au droit de vote des citoyens de l'UE*, n° 98-400 DC, *Rec.* 251, cons. 5). Au demeurant, s'il arrive au Conseil d'État de faire la distinction entre entrée en vigueur dans l'ordre juridique international d'une part, au plan interne d'autre part, il se fonde exclusivement sur l'article 55 pour apprécier la réalité de cette dernière :
    - « si, par application des stipulations de son article K, la charte sociale européenne révisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1999, cette dernière date régit uniquement les effets de ce traité dans l'ordre international et ne saurait être confondue avec l'entrée en vigueur dudit traité dans l'ordre interne, laquelle est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication » (CE 7 juill. 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, n° 213461, *Lebon T.* 821).
- 22** Dans son principe, la position du Conseil d'État et de son rapporteur public sur l'invocabilité n'est pas plus contestable : « un traité qui, n'étant pas d'effet direct, n'est pas invocable par les particuliers, ne leur est pas non plus opposable » (p. 640). Il semble dès lors aller de soi que le juge administratif ne peut se prononcer sur la contrariété éventuelle entre deux traités que si ceux-ci sont, l'un et l'autre, invocables devant lui – et donc d'effet direct.
- 23** Mais, sur ce point, l'arrêt *Kandyrine* est entaché d'une curieuse erreur de raisonnement : le Conseil d'État y soutient en effet, de manière d'ailleurs discutable (v. *infra*, § 46) mais là n'est pas la question, que les stipulations de l'Accord du 27 mai 1997 « ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers » et ne sont par suite pas invocables à l'appui des conclusions tendant à l'annulation de la décision contestée (6<sup>e</sup> cons.). Si tel est le cas, le problème de la compatibilité, qui fait le principal intérêt de la décision commentée, ne se posait pas, ce que concédait du reste le rapporteur public, qui prêtait à la Chambre administrative d'appel le tort d'avoir admis le présupposé « contestable » de l'effet direct de l'Accord, « si bien que l'éventualité même d'un conflit aurait sans doute pu être évitée » (p. 640 ; v. *Matringe*, p. 218). Puisque

le Conseil a nié l'existence d'un effet direct en l'espèce on voit mal pourquoi il est, néanmoins entré dans la discussion relative à ce pseudo-conflit si bien que toute la première partie de l'arrêt relève plus de l'intérêt académique que de l'économie de moyens à laquelle on dit pourtant la Haute Assemblée si attachée (v. par ex. le Rapport du Groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avr. 2012, p. 34) – raison de plus sans doute pour le considérer comme une « grande décision », et délibérément telle.

- 24 Quoiqu'il en soit, c'est pour n'avoir pas recherché si l'Accord était entré en vigueur dans l'ordre juridique français et invocable devant le juge administratif que le Conseil d'État casse l'arrêt du 18 octobre 2006 de la cour administrative de Paris (à laquelle il semble même reprocher de ne pas « s'être assuré[e] que la Conv. EDH était en vigueur dans l'ordre juridique interne » !).

**B. – Deuxième étape : « conciliation interprétative » des stipulations des deux traités**

- 25 C'est que, une fois ces constatations faites, comme l'explique le Conseil d'État en un long considérant, il incombe au juge administratif « 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 ».
- 26 En elle-même cette obligation de rechercher une interprétation conciliant des normes prétendument incompatibles n'a rien d'original. Elle est dans la droite ligne d'une directive traditionnelle tant en droit interne qu'en droit international. En France, elle peut se réclamer de la fameuse – et très raisonnable – « doctrine Matter » selon laquelle il faut, « toutes les fois qu'une convention internationale entre en conflit avec une loi nationale, reprendre les termes du traité et rechercher si son texte s'applique bien exactement à la disposition législative » (concl. P. Matter, sur Civ. 22 déc. 1931, *Sanchez\**, *JDI* 1932. 702) : le principe rappelé par le Conseil d'État ne fait que transposer celle-ci à un conflit entre deux traités en se fondant sur la présomption, peut-être un peu optimiste, énoncée par le rapporteur public, M. Julien Boucher, selon laquelle « l'action diplomatique de notre pays satisfait à l'exigence de non-contradiction » (concl. Boucher, p. 640) ; du reste, sans le dire aussi clairement, le Conseil d'État s'était déjà essayé à de telles interprétations conciliatrices (v. par ex. : CE 22 mai 1992, *Larachi*, préc. ; CE 20 déc. 2000, *Mme El Abd*, préc. ; ou CE 21 avr. 2000, *Zaidi*, préc.). Ce principe d'interprétation de bon sens est également mis en œuvre au plan international ; ainsi, selon la CIJ, « c'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas

contraires au droit existant » (CIJ, arrêt, 26 nov. 1957, *Droit de passage sur territoire indien (exceptions préliminaires) (Portugal c. Inde)*, *Rec. CIJ* 1957, p. 142 ; v. aussi par ex. : la sentence arbitrale du 13 avril 1928, *Georges Pinson (France c/ Mexique)*, *RSA*, vol. V, p. 422).

- 27 En ce qui concerne la méthode à mettre en œuvre, elle relève d'« une combinatoire complexe de (...) différentes logiques » (E. Lagrange, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, tome 356, 2011, p. 510) – en tout cas de deux.
- 28 En premier lieu, le Conseil d'État se réfère implicitement à l'avis d'*amicus curiae* du président Guillaume qui, au terme d'une étude limpide – sinon toujours indiscutable – avait conclu qu'en l'absence de clause pertinente de règlement des conflits de normes dans l'Accord de 1997 ou la Convention DEH, il convenait « de résoudre tout problème qui pourrait se poser du fait de l'incompatibilité des normes applicables en se référant au droit international général » (p. 25). Après avoir rappelé que, « dans cette branche du droit [c'est-à-dire en droit international], il n'existe pas de hiérarchie des normes » (p. 20), il constate que les seules règles coutumières établies, codifiées par l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités pour départager des règles conventionnelles incompatibles ne s'appliquent pas aux conventions qu'il est « impossible de décomposer en une série d'obligations bilatérales réciproques » (p. 23). Dès lors, le recours aux principes traditionnels, *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat lege generali* (dont les juges français n'hésitent pas à faire application le cas échéant – cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1979, *Albeniz*, n° 77-15.491, *Bull.* n° 236, p. 189 ; CE 11 mai 1994, *Association bananière camerounaise*, préc.), ne sont d'aucun secours et, selon l'éminent auteur, « le droit international général ne fournit en l'espèce aucune règle permettant de procéder à un choix entre normes incompatibles » (p. 25).
- 29 « En l'espèce », probablement – encore que l'on ne puisse présumer facilement qu'un accord bilatéral puisse déroger à un traité que l'on peut sans doute qualifier de matériellement constitutionnel comme la Conv. EDH (cf. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 8<sup>e</sup> édition, 2009, p. 299). L'*amicus curiae*, qui se réfère à cette opinion doctrinale, écrit que ces prises de position « constructives » vont « au-delà du droit positif établi » (p. 24, note 36 ; v. aussi Bjorje, p. 359), alors même qu'elles se fondent sur la jurisprudence de la Cour mondiale. En effet, comme l'a relevé la CIJ dans son avis consultatif du 28 mai 1951, « [o]n peut considérer comme un principe reconnu que toute convention multilatérale est le fruit d'un accord librement conclu sur ses clauses et qu'en conséquence il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou par des accords particuliers, ce qui est le but et la raison d'être de la convention » (*Réserves à la Convention sur le génocide*, *Rec. CIJ* 1951, p. 21 ; v. aussi CPJI, ordonnance du 19 août 1929, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, *Série A*, n° 22, p. 12).
- 30 De même, on peut regretter que, se référant à l'opposition traditionnelle de la France à l'encontre du *jus cogens*, une position maintenant

complètement isolée sur la scène internationale et heureusement moins fermement maintenue que jadis (y compris par la Cour de cassation, qui ne rejette pas la notion – cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2011, *La Réunion aérienne c/ Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste\**), le président Guillaume ait affirmé que la République, objecteur persistant, ne serait en tout état de cause pas liée par une coutume qui aurait consacré la notion et les effets que lui reconnaissent l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (p. 20). Je le dis avec respect mais fermeté : c'est méconnaître le sens et la portée du concept même de « normes impératives du droit international général », dont l'essence est précisément de ne pas reposer sur la volonté des États. Qu'un État le veuille ou non, il ne peut, licitement, organiser un génocide et en faire l'objet d'un traité avec un autre État ne changerait rien à cette interdiction péremptoire (en ce sens : Bjorge, p. 358). Peu de normes ont ce caractère ; leur existence n'en n'est pas moins certaine comme la CIJ l'a reconnu récemment à plusieurs reprises (3 févr. 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c/ Rwanda)*, Rec. CIJ 6, § 64 et 125 ; 26 févr. 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro)*, Rec. CIJ 2007, p. 111, § 161 et p. 120, § 165 ; 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelle de l'État (Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant))*, Rec. CIJ 99, *passim* ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c/ Sénégal)*, Rec. CIJ 457, § 99). Au demeurant, on saura gré au rapporteur public M. Julien Boucher d'avoir convenu, après avoir mentionné l'article 53 de la Convention de Vienne qu'« [i]l existe donc bien une hiérarchie entre le *jus cogens* et les autres normes du droit international, sanctionnée, en ce qui concerne les traités, par leur nullité », pour, il est vrai ajouter aussitôt, en un prudent et circonspect balancement : « à supposer que l'article 53 de cette convention ait acquis une valeur coutumière, cette coutume ne lierait sans doute pas notre pays, demeuré, à son égard, objecteur persistant. La question, en l'état actuel du droit, est donc purement théorique » (p. 635).

- 31 Elle l'est sans doute. Mais pour une autre raison. Pour que le problème se posât réellement, il eût fallu admettre d'une part que la protection du droit de propriété ou le principe de non-discrimination relevaient du *jus cogens*, d'autre part que ces normes impératives étaient applicables en l'espèce. Même si l'on peut trouver dans la jurisprudence internationale ou européenne quelques arguments en faveur du caractère impératif du droit de propriété (cf. TPICE 21 sept. 2005, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, Rec. II-3649, § 240-251), sauf à discréditer, précisément, la notion même de norme impérative, on ne saurait considérer qu'il s'agit d'un droit absolu ; comme le précise l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la Conv. EDH, ce droit s'exerce dans les limites des règles nationales et internationales qui le règlementent et, au plan universel en tout cas, malgré le libéralisme ambiant, il est fort douteux qu'il soit reconnu, même dans ces limites, comme impératif par « la communauté internationale des États dans son ensemble ». Quant au

principe de non-discrimination, il y a de bonnes raisons de le considérer comme *cogens*, mais, lui non plus ne peut être invoqué pour justifier l'extension de n'importe quel traitement à n'importe quel individu. À cet égard, les formules pleines de bon sens du Conseil d'État dans l'arrêt *Kandyrine* définissent excellemment sa portée : « une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue ne peut être regardée comme discriminatoire, au sens [des] stipulations [de l'article 14 de la Conv. EDH], que si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la disposition applicable ». Dans la décision qu'elle a rendue le 2 juillet 2013 sur l'affaire que M. Kandyrine de Brito Pavia lui a soumise suite à l'arrêt commenté, conformément à sa jurisprudence constante (7 déc. 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, § 56, *Série A*, n° 23 ; gr. ch., 13 nov. 2007, *D.H. et autres c/ République tchèque*, n° 57325/00, *Rec.* 2007-IV, p. 339, § 175 ; gr. ch., 29 avr. 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, n° 13378/05, *Rec.* 2008-III, p. 89, § 60), la CEDH a, à son tour, admis « l'existence d'une justification objective et raisonnable à une telle discrimination » (n° 42269/12, § 17 à 19). Cette coïncidence montre d'ailleurs, combien la question soulevée par le Conseil d'État dans *Kandyrine* est artificielle : le conflit de normes qu'il s'efforce de trancher semble être un prétexte à résoudre un intéressant et important problème juridique – qui ne se posait pas en l'espèce (v. aussi § 23 *supra*) : la condition de nationalité dont est assorti l'exercice de la protection diplomatique constituait la « justification objective et raisonnable » à laquelle tant le droit français que la Conv. EDH soumet les exceptions au principe de non-discrimination ; il suffisait dès lors à la Haute Juridiction de constater – selon la formule retenue en l'espèce par la Cour de Strasbourg « que la France, lors des négociations de l'accord avec la Russie, n'avait qualité, s'agissant d'un contentieux international, que pour représenter et défendre les intérêts de ses propres ressortissants » (*ibid.*, § 19).

- 32 Les formules retenues par le Conseil d'État doivent au demeurant autant (et sans doute plus) aux « règles et principes à valeur constitutionnelle » (qui peuvent être énoncés dans des instruments internationaux – v. J. Combacau, « Sources internationales et européennes de droit constitutionnel », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 1, p. 406-439) et à des « principes d'ordre public » qu'à des normes juridiques d'origine internationale. Et telle est la seconde logique (v. *supra*, § 27) suivie par la Haute Juridiction dans l'arrêt *Kandyrine*, qui consiste à privilégier une approche en quelque sorte « constitutionnaliste » en se référant à des principes « à valeur constitutionnelle » en vue de l'interprétation et de la conciliation des traités en conflit dans la droite ligne de la jurisprudence *Koné* (CE, ass., 3 juill. 1996, *Koné*, n° 169219, *Lebon* 255). On peut cependant avoir des doutes sur le bien-fondé et la cohérence de l'ajout de la mention des « principes d'ordre public » : s'ils ont « valeur constitutionnelle », elle n'ajoute rien ; s'ils ne l'ont pas, on voit mal pourquoi

ils prévaudraient sur la logique propre au traité interprété. Sous cette réserve, on peut penser que, « quitte à forcer l'entente, le temps de la résolution d'un litige, entre deux stipulations apparemment incompatibles, mieux vaut le faire sous le haut patronage de la Constitution plutôt que d'ajouter à une inévitable réécriture du droit international ce qui, si l'interprétation venait à se faire dans un sens inconstitutionnel, s'apparenterait dans l'ordre interne à un crime de lèse-majesté » (Domino et Bretonneau, p. 204) – sauf à remarquer qu'ici encore le Conseil d'État flirte avec le contrôle de constitutionnalité (v. ci-dessus le commentaire de l'arrêt *Nicolo\**, § 23-28).

- 33** Il le fait cependant avec plus de retenue que son rapporteur public l'y avait incité, dans l'esprit du « mécanisme inventé pour le droit de l'Union européenne dérivé par la décision *Arcelor\** » du 8 février 2007 (v. Domino et Bretonneau, p. 205). En effet, M. Boucher, poussait clairement à un contrôle de constitutionnalité déguisé (qu'il appelait joliment un « détour constitutionnel », p. 640), que le Conseil d'État n'a pas accepté : allant au-delà de l'interprétation, le rapporteur public estimait en effet qu'il appartenait au juge de faire prévaloir un traité « matériellement constitutionnel » « dans le cas d'un conflit de normes conventionnelles, dont il est seul compétent pour connaître, même si cela le conduit à se faire, plus indirectement encore, car par le biais du contrôle d'un acte d'application, juge de la constitutionnalité d'un traité » (p. 639). Bien que le rapporteur public se fût efforcé de rassurer l'Assemblée du contentieux en précisant que :
- le Conseil d'État devrait « tenir le plus grand compte » (mais est-ce suffisant ?) d'une décision éventuelle du Conseil constitutionnel ;
  - la solution qu'il préconisait n'était pas nouvelle puisque le Conseil d'État examine couramment les moyens tirés « de l'incompatibilité d'une loi avec les stipulations matériellement constitutionnelles d'une convention internationale, et notamment de la Convention EDH et des autres grands instruments internationaux en matière de protection des droits de l'homme » ; et d'ajouter : « Notre proposition consiste simplement à préciser qu'elle [l'autorité compétente – c'est-à-dire le Conseil constitutionnel] autorise également ce juge [le juge du fond] à faire prévaloir un tel traité dans le cas d'un conflit de normes conventionnelles, dont il est seul compétent pour connaître, même si cela le conduit à se faire, plus indirectement encore, car par le biais du contrôle d'un acte d'application, juge de la constitutionnalité d'un traité » ;
  - les cas dans lesquels les principes proposés s'appliqueraient seraient d'autant plus rares qu'il ne pourrait s'agir que de traités à effet direct (v. *supra*, § 23) ne comportant pas de « clauses réglant leurs rapports avec d'autres instruments internationaux » ; et
  - de conclure, en donnant des exemples d'interprétations audacieuses (cf. CE 25 oct. 2000, *Mme Cucicea-Lamblot*, préc. ; CE 22 mai 1992, *Larachi*, préc. ; ou Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2004, n° 01-11.549, *Bull.* n° 47, p. 38) : « Au surplus, même lorsque de telles clauses n'existent pas, l'interprétation offre généralement des ressources importantes pour permettre la cohabitation harmonieuse des différents traités souscrits par la France... » (concl. Boucher, p. 639-640).

- 34 L'Assemblée du contentieux n'a pas été convaincue par ce plaidoyer talentueux mais audacieux : elle accepte de mentionner les « règles et principes à valeur constitutionnelle » mais à des fins d'interprétation seulement et non, comme le lui proposait son rapporteur public, en vue de décider laquelle, de deux normes incompatibles devait prévaloir. Elle s'efforce ainsi de maintenir la distinction – ténue et passablement artificielle – qu'entretiennent les trois juridictions suprêmes entre contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité (v. sur ce point le commentaire de l'arrêt *Nicolo*\*, not. § 21-36).

**C. – Troisième étape : application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision contestée a entendu se placer**

- 35 Dès lors – et c'est là la véritable innovation de l'arrêt *Kandyrine*, lorsqu'« 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'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne » (3<sup>e</sup> cons.).
- 36 Étant données les évolutions jurisprudentielles récentes, la reconnaissance par le juge administratif de sa compétence pour trancher n'est pas pour surprendre. Suite aux arrêts *GISTI*\* du 29 juin 1990 et *Chériet-Benseghir*\* du 9 juillet 2010, le Conseil d'État s'est reconnu une pleine compétence pour interpréter et appliquer les traités et l'on comprend que le rapporteur public se soit mal vu, « dans ces conditions, proposer [à l'Assemblée du contentieux] une solution faisant dépendre l'issue du litige de la position prise par une autorité administrative » (p. 638).
- 37 Force est cependant de reconnaître que la solution retenue fait la part belle à l'Exécutif puisque le juge retiendra celle des deux normes incompatibles « 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 écartera « en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée » : au lieu de saisir le ministre des Affaires étrangères d'une question préjudicielle sur ce point, le Conseil d'État entend déterminer lui-même l'intention de l'auteur de la décision. La solution, qu'imposait sans doute la déférence traditionnelle du juge envers la liberté d'action diplomatique de la France, en vaut une autre. Elle n'est cependant pas exempte de difficultés.
- 38 Il n'est, en effet, pas toujours évident de déterminer dans le champ de quel traité « la décision administrative contestée a entendu se placer ». Quelques jalons jurisprudentiels ont cependant été posés depuis l'intervention de la décision commentée, qui donnent des indications utiles sur

la démarche à suivre (mais, à ma connaissance, uniquement dans le cas où le problème d'incompatibilité se pose entre traités sans identité de parties, ce qui laisse ouverte la possibilité de recourir aux adages traditionnels *lex posterior* ou *lex specialis* – v. *supra* § 28). Ainsi, le Conseil d'État a relevé qu'il n'y avait pas conflit de normes conventionnelles si l'un des traités invoqués n'est pas applicable au litige (du fait de sa portée *ratione materiae*, *ratione loci* ou *ratione personae* ou en l'absence d'effet direct) (CE 11 avr. 2014, *Giorgis*, n° 362237 ; en revanche, pour sa part, l'obscur arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 octobre 2012, *Navire « Aeolian Sun »*, n° 11-13.658, *Bull. civ. IV*, n° 188 ne clarifie guère les choses). Il reste qu'il est loin d'être exclu que, dans certains cas, un rattachement à l'un comme à l'autre des deux traités concurrents soit plausible ; dans une telle hypothèse, le juge serait sans doute avisé de consulter le ou les ministres compétents, ce qu'il demeure en mesure de faire dès lors qu'il ne s'estime pas lié par leur position (cf. CE, ass., 29 juin 1990, *GISTI\**).

- 39 Au demeurant, ainsi que le constate le Conseil d'État, la solution est, en tout état de cause, « 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 » (dans le même sens, G. Guillaume, p. 25 ; v. aussi P. Daillier et al., *op. cit.*, p. 301-302). Comme l'écrit Denis Alland, « les engagements étant par hypothèse de valeur égale et simultanément valides, le surgissement de l'illicite est alors à peu près inévitable, que l'on donne effet à un seul, à plusieurs ou à aucun des traités en conflit. La tension tragique entre des devoirs contradictoires fait de l'État quelque Atride qui ne peut faire que le mal en accomplissant son devoir » (p. 27). Et, comme à Mycènes, le « mal » risque, inéluctablement, d'être fait à nouveau dans d'autres circonstances puisque la décision du juge, qui ne se prononce pas sur la validité du traité, mais exclusivement sur son applicabilité dans le cas d'espèce, laisse subsister les dispositions contradictoires en cause, tant dans l'ordre juridique national qu'au plan international.

### III. – Une approche frileuse des droits conventionnels de l'individu

- 40 Il n'est pas douteux que c'est dans les directives – encore floues – qu'il énonce en cas d'incompatibilité entre les dispositions de plusieurs traités applicables à la même décision administrative que réside l'apport essentiel de l'arrêt *Kandyrine*. Il n'en faut pas moins dire quelques mots d'autres enseignements que l'on peut tirer de cette décision, qui confirme l'approche frileuse du Conseil d'État à l'égard des droits qu'une personne privée peut avoir en vertu d'un traité. Tel est le cas notamment en ce qui concerne la conception qu'a la Haute Juridiction de la protection diplomatique d'une part (A), de l'effet direct des traités d'autre part (B).

### A. – Une conception dépassée de la protection diplomatique

- 41 Le Conseil d'État n'évoque qu'incidemment, dans l'arrêt commenté, la notion de protection diplomatique lorsqu'il relève que « la France a obtenu le versement d'une indemnisation au profit des ressortissants français porteurs de titres d'emprunts russes en échange de l'abandon de sa protection diplomatique » (cons. 10). Il s'y réfère à juste titre, mais semble se fonder sur une conception traditionnelle, que l'on veut croire dépassée, de cette institution.
- 42 Assurément, l'Accord franco-russe du 27 mai 1997 est le résultat de l'action en protection diplomatique de la France en faveur de ses ressortissants lésés par la confiscation de leurs créances par les Bolcheviks puis l'URSS. Par définition, elle ne pouvait agir à ce titre qu'en vue de la protection des droits et intérêts de ses propres nationaux : la nationalité est, avec l'épuisement des recours internes lorsqu'il est possible et réaliste, l'une des deux conditions auxquelles l'exercice de la protection diplomatique est subordonnée (cf. l'article 3, § 1, du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission du Droit international (CDI) en 2006 et annexé à la résolution 62/67 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007). Au surplus, s'adressant d'un droit de l'État (article 2, *ibid.*), il était loisible à la France de renoncer à l'exercer.
- 43 En revanche, c'est à tort que le rapporteur public endosse sans sourciller la « fiction » *Mavrommatis*, selon laquelle, « en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » (CPJI, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine, Série A*, n° 2, p. 12). L'élément fictionnel tient non pas dans le fait que l'exercice de la protection est un droit de l'État – discrétionnaire -, mais dans le fait que le droit qu'il fait valoir lui appartient en propre ; cette position n'est pas tenable dès lors que l'individu (et plus largement les personnes privées) sont devenus des sujets directs du droit international (v. A. Pellet, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1359-1382). Du reste, l'article 1<sup>er</sup> du projet de la Commission du Droit international, qui reprend pour le reste la formule *Mavrommatis*, ne comporte plus cette mention du « droit propre de l'État ».
- 44 C'est pourtant la conception la plus traditionnelle de la protection diplomatique que le rapporteur public a mise en avant avec insistance dans ses conclusions sur l'arrêt *Kandyrine* (cf. p. 644). Et c'est elle qui imprègne la position du Conseil quand il se prononce en faveur de l'absence d'effet direct de l'Accord du 27 mai 1997 à l'égard des particuliers. Comme l'a bien vu le Professeur Denis Alland, si l'on admettait (comme on le devrait) qu'en exerçant sa protection diplomatique, l'État défend, en réalité, les droits subjectifs de la personne protégée, « le droit auquel l'État renonce ne serait plus distinct de celui des particuliers fran-

çais, ce qui conduirait à une conclusion opposée à celle de l'arrêt du point de vue de l'applicabilité directe de l'Accord de 1997 aux particuliers » (p. 35).

### **B. – Une conception étriquée de l'effet direct**

- 45 À vrai dire, le parti retenu par le Conseil d'État à cet égard est fort discutable.
- 46 Bien qu'il admette que « le requérant peut se prévaloir d'un droit patrimonial, qui doit être regardé comme un bien au sens des stipulations précitées de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », le Conseil d'État estime que les dispositions de l'accord conclu entre la France et la Russie « ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers » car « il résulte tant de l'objet que des termes des stipulations de [cet accord] que ce dernier a entendu apurer un contentieux financier entre ces deux États, le règlement des litiges liés aux créances entre les particuliers et chacun de ces États demeurant exclusivement de la compétence nationale ».
- 47 Cette solution, déjà retenue par le Conseil dans un arrêt *Uran* du 21 février 2003 (n° 226489, *Lebon* 45) et également suivie par la suite par la Cour de cassation (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 avr. 2013, *Association culturelle orthodoxe russe de Nice c/ Fédération de Russie*, n° 11-21.947, *Bull. civ. IV*, n° 50, p. 51) constitue, à vrai dire, une application tout à fait orthodoxe de la jurisprudence administrative en matière d'effet direct. Elle est conforme sur ce point aux conclusions de M. Boucher, qui avait cependant rappelé que, dans des affaires portant sur des dispositions conventionnelles rédigées « dans des termes assez proches de l'Accord du 27 mai 1997 », le Conseil d'État avait admis que celles-ci produisaient directement leurs effets dans l'ordre juridique français (v. par ex. : CE 21 juill. 1972, *Cazabon*, n° 82535, *Lebon* 553, ou CE 27 janv. 1989, *Beaumartin*, n° 35112, *Lebon* 35) et que telle avait également été la position de la CEDH à propos, précisément, l'Accord franco-russe de 1997 (CEDH 24 nov. 1994, *Consorts Beaumartin c/ France*, n° 15287/89, *Série A*, n° 296-B, p. 60).
- 48 Suivant son rapporteur public, le Conseil d'État a, à nouveau, privé de tout effet (direct ou non) un traité international dûment ratifié, censé pourtant avoir un effet supérieur à celui des lois. En admettant même que les dispositions des articles 1<sup>er</sup>, 3 et 5 de l'Accord de 1997 ne fussent point d'effet direct – thèse pourtant parfaitement défendable – « le destinataire final des droits garantis par le traité est le particulier ; dès lors, on ne voit pas pourquoi l'on empêcherait celui-ci, par voie d'action ou d'exception, de contester la compatibilité de la norme interne avec l'obligation internationale » (concl. Abraham sur CE, sect., 23 avr. 1997, *RFDA* 1997. 592). Un an plus tard, l'arrêt d'assemblée du 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL\** (n° 322326, *Lebon* 142) confirmera et précisera cette position peu compatible avec le monisme constitutionnel dont se réclame

la République française, malgré les conclusions contraires de Mme Gaëlle Dumortier (*ibid.*), qui pas davantage que M. Ronny Abraham, commissaire du gouvernement dans l'affaire *GISTI* de 1997, n'a su convaincre la Haute Juridiction d'abandonner le formalisme, pour ne pas dire le fétichisme terminologique, qui la conduit à accorder une importance indue à des formules rédactionnelles « interétatiques » qui doivent sans doute plus à la tradition qu'à l'intention.

**Alain Pellet**

### **Bibliographie**

S. Szurek, « Épilogue d'un contentieux historique – l'Accord du 27 mai 1997 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la Fédération de Russie relatif au règlement définitif des créances réciproques entre la France et la Russie antérieures au 9 mai 1945 », *AFDI* 1998. 144-166 ; P. Juillard et B. Stern (dir.), *Les emprunts russes – Aspects juridiques*, Cahiers du CEDIN – Paris I, Pedone, 2002, 330 p. ; R. Roucouas, « Engagements parallèles et contradictoires », *RCADI*, t. 206, 1987-VI, p. 13-287 ; F. Paolillo, « Article 30 », in O. Corten, et P. Klein, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1247-1283 ; S. Schiller et F. Péraldi-Leneuf, *Les conflits de normes : le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes : rapport scientifique*, Paris, GIP Mission de recherche Droit et justice, 2012, 515 p.

### **Voir aussi dans cet ouvrage :**

Civ. 22 déc. 1931, *Sanchez*, v. comm. n° 4 ; Cons. const. 17 juill. 1980, *Convention franco-allemande d'entraide judiciaire*, v. comm. n° 13 ; CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, v. comm. n° 16 ; CE, ass., 29 juin 1990, *GISTI*, v. comm. n° 17 ; CE 18 déc. 1992, *Préfet de la Gironde*, v. comm. n° 20 ; CE 15 oct. 1993, *Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, v. comm. n° 22 ; CE, ass., 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, v. comm. n° 25 ; CE 8 juill. 2002, *Commune de Porta*, v. comm. n° 31 ; CE, ass., 8 févr. 2007, *Arcelor*, v. comm. n° 40 ; CE 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux*, v. comm. n° 42 ; CE 9 juill. 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, v. comm. n° 47 ; CE 9 juill. 2010, *Chériet-Benseghir*, v. comm. n° 48 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2011, *La Réunion aérienne c/ Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, v. comm. n° 51 ; CE, ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, v. comm. n° 55.