

Jacques Caillosse,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, Paris-2 /

**L' AFFAIRE NICOLO
(CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE, 20 OCTOBRE 1989).
ANALYSE D'UN « REVIREMENT » DE JURISPRUDENCE**

UDK: 342 (44)

DOI: 10.31141/zrpfs.2020.57.135.1

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 1. prosinca 2019.

Državni je savjet dugo vremena priznao prvenstvo međunarodnih ugovora, posebice ugovora Europske unije, samo nad zakonima koji su doneseni ranije. Najzad, nakon odluke Ustavnog vijeća Elections du Val d'Oise i priklanjajući se zaključcima javnog izvjestitelja Frydmana, Državni je savjet napravio preokret u sudskoj praksi s presudom Nicolo priznajući prvenstvo ugovorima Europske unije, kao i klasičnim međunarodnim ugovorima, čak i nad zakonima koji su doneseni poslije njih. Štoviše, za razliku od rješenja Kasacijskog suda, obrazloženje odluke Državnog savjeta zanemaruje argument o specifičnosti europskoga ustavnog poretka i poziva se samo na članak 55. Ustava ne izjašnjavajući se o klauzuli recipročnosti. Potom je upravni sudac priznao prvenstvo europskih akata sekundarnog prava, tj: uredbi, direktiva, te općih načela europskog prava.

Ključne riječi: *predmet Nicolo, Državni savjet, prvenstvo europskih akata*

Sommaire de l'exposé: Introduction: argument et plan; Formes: Sens de la jurisprudence, Motivations de la décision, Ecriture de l'arrêt ; Genèse: Changement juridique et arguments de droit, Changement juridique et arguments d'opportunité: a) stratégie institutionnelle: b) identité institutionnelle; Portée: Portée juridique: a) le changement structurel de l'ordre juridique, b) la nouvelle rationalité du droit administratif: Portée politique: a) le poids accru du conseil d'État dans le système institutionnel, b) une autre représentation juridique de l'Etat; Eléments de conclusion.

Introduction générale : argument et plan de l'exposé

J'ai fait le choix de revenir, 30 ans après son avènement, sur un arrêt célèbre du Conseil d'État. Le 20 octobre 1989, le juge administratif procédait en effet à une réorientation décisive de sa jurisprudence, en décidant de faire prévaloir les traités internationaux sur la loi nationale. Il donnait ainsi tout son sens pratique aux dispositions de l'article 55 de la Constitution française : « *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 ».

Pourquoi faire retour sur cette vieille affaire ? Voilà déjà un bon moment que le juge administratif français « s'est complètement et définitivement mis au diapason du droit de l'Union », pour reprendre une formule de J-C. Bonichot¹, alors juge à la CJUE ! Reste que pour parvenir à cette *harmonisation*, il a fallu en passer par un long processus de transformation de la jurisprudence. Or, il n'est pas abusif de voir dans l'arrêt *Nicolo* le point de départ de ce mouvement juridique. On dispose avec lui d'un accès privilégié aux sources mêmes du processus d'*européanisation* du droit administratif français. Il constitue une sorte de cas d'école à partir duquel il est permis de réfléchir sur ce qu'est le *changement juridique*, sur les conditions dans lesquelles celui-ci advient et sur la manière dont il se propage. Car il y a ici une véritable dynamique du changement : un revirement de jurisprudence entraîne un autre qui entraîne un autre etc... Dans ce mouvement, la technique juridique n'évolue pas toute seule ; avec elle, c'est aussi la pensée juridique qui se transforme et, au bout du compte, c'est au renouvellement de l'identité de l'État que le droit nous fait assister. Notre arrêt donne à voir et à entendre – jusque dans ses « ratés » et ses grincements – toute cette machinerie juridique et institutionnelle.

Comme on peut s'en douter pareille affaire ne peut que se prêter à des lectures multiples. Elle n'a d'ailleurs pas manqué de donner lieu à des jugements contrastés. Y compris à l'intérieur du Conseil d'État dont les membres ont produit sur le sujet une littérature considérable². Le bref examen auquel je soumetts ici l'arrêt rendu le 20 octobre 1989 n'offre donc qu'une lecture parmi d'autres possibles de la décision³. C'est en l'occurrence la notion, déjà évoquée, de *changement juridique* qui sera au principe même de cette lecture. Elle permettra de développer l'hypothèse suivante :

¹ V. J-C. Bonichot, *Le point de vue d'un juge de l'Union*, AJDA, 2013, p.396

² Ce travail de commentaire de la décision par le Conseil d'État lui-même – une entreprise doctrinale qui, trente ans après, se poursuit (v. par exemple, D. Labetoulle, *Des Semoules à Nicolo*, RFDA, 2014, p.585) – n'est pas toujours publié. Il faut en effet compter, par exemple, avec nombre d'entretiens accordés à des chercheurs dans le cadre de leurs travaux : mémoires et thèses en particulier. L'accès à cette précieuse documentation est évidemment parfois problématique. L'auteur de la présente contribution a pu prendre appui sur une série d'entretiens (13 en l'occurrence, parmi lesquels ceux du Vice-Président d'alors du Conseil d'État, M. Long, du président de la Section du contentieux, D. Labetoulle, et du commissaire du gouvernement P. Frydman) réalisés, en 1998, pour son mémoire de fin d'études de l'IEP de Rennes, par Bertrand Lauzanne. Ce dernier présente, sous le titre *Entretiens*, en annexe à son ouvrage intitulé *Généalogie d'un revirement de jurisprudence : l'arrêt Nicolo*, un document broché de 144 p. rassemblant le texte des réponses fournies à ses interrogations. L'attention particulière portée dans le présent travail au commentaire que le conseil d'État réserve à sa décision n'est pas innocente : ce commentaire, sur un mode quasi unanime, dénie à la doctrine universitaire toute influence sur le choix du juge. Ce n'est évidemment pas une raison pour ignorer cette doctrine, sauf à en disqualifier d'emblée la fonction critique ! Convenons que si l'*explication* de la jurisprudence *Nicolo* n'est pas à rechercher dans le corpus doctrinal, on lui doit une recherche stimulante sur les *significations* de cette jurisprudence. Tâche à laquelle le juge n'estime pas toujours nécessaire de se livrer...

³ Il est ainsi concevable d'entreprendre l'analyse de l'affaire *Nicolo* à partir de la distinction production/réception de l'arrêt. On peut aussi faire jouer la thématique continuité/transformation de la jurisprudence administrative, ou bien encore considérer l'arrêt *Nicolo* tout à la fois comme un produit des transformations du droit administratif et comme le générateur d'autres transformations, etc...

l'affaire *Nicolo* n'a guère de sens par elle-même. Elle prend sa signification une fois inscrite dans la durée, c'est à dire dans l'épaisseur de la jurisprudence administrative. L'arrêt du Conseil d'État est indissociable du mouvement profond du droit : porté par des antécédents qui l'ont rendu possible, il crée à son tour les conditions de possibilité d'autres décisions intéressant les rapports entre la loi nationale, la Constitution française et les traités internationaux. Il nous faut donc interroger la *genèse* du changement introduit en 1989 (II) et en mesurer la *portée* (III). Mais ce double exercice ne saurait dispenser d'une description préalable des *formes* mêmes du revirement de jurisprudence accompli cette année-là par le Conseil d'État (I).

Formes

Commençons par exposer ce qui, pour le lecteur de la décision, est le plus immédiatement perceptible : les formes dans lesquelles le juge administratif installe son arrêt. Cette opération de mise en forme(s) mériterait à elle seule une étude approfondie. Faute de pouvoir la mener ici, je me bornerai à relever trois traits marquants du « montage » juridictionnel : le premier concerne le sens -entendez la direction - donné à la jurisprudence, le second est tiré des motivations mêmes de la décision et le troisième concerne l'écriture proprement dite de l'arrêt.

Sens de la jurisprudence

Avec l'affaire *Nicolo*, le conseil d'État change ses repères pour donner à sa jurisprudence un cours nouveau . Cette forme nouvelle n'a pu s'affirmer qu'au prix d'un *revirement* de jurisprudence. A un état déterminé du droit dont il avait jugé la « codification » nécessaire, le juge en substitue un autre. Le conseil d'État délaisse des positions qu'il avait très fortement et longtemps tenues, pour en adopter d'autres, contraires. Ainsi qu'on a pu le dire ⁴: « La vérité d'hier devient erreur le lendemain ». Une forme juridique inédite s'impose, qui, dans une certaine mesure, efface la précédente.

Certes quelques voix se sont fait entendre pour tenter de « dédramatiser » le changement porté par l'arrêt du 20 octobre 1989. Ainsi B. Stirn a pu estimer qu' « il n' y a pas d'avant ni d'après *Nicolo* »⁵. Sans refuser à notre décision la qualification d'arrêt inaugural, B. Labetoulle préconisait lui aussi, plus récemment, d'en venir à une « vision apaisée » de l'affaire *Nicolo*⁶. Reste que, dans l'ensemble, la réception de cette dernière fait entendre une histoire autrement tourmentée, celle d'un véritable *déplacement* de la jurisprudence. La doctrine universitaire ne parle-t-

⁴ Ces mots sont de J. Massot, in B. Lauzanne, *Entretiens*, op. cit., p.58

⁵ Propos recueillis par B. Lauzanne, op. cit., p.113

⁶ Etude précitée, p.588

elle pas de « séisme »⁷, de « grand déclic »⁸, voire de « révolution »⁹ ? Un terme qui circule jusque dans le commentaire du conseil d'Etat sur sa propre jurisprudence : le commissaire du gouvernement J-H. Stahl évoquant pour sa part une « révolution copernicienne »¹⁰.

Motivations de la décision

Il y a au principe de ce retournement de situation l'usage d'une forme, ou si l'on préfère d'un « montage » juridique jusqu'alors ignoré par le conseil d'État. Il le conçoit à partir de l'article 55 de la Constitution. L'affaire est d'importance, car avec l'arrêt *Nicolo* la question litigieuse du rapport entre la loi et le Traité du 25 mars 1957 instituant la CEE est tranchée sur le fondement du seul texte de la Constitution française, c'est à dire, pour reprendre l'expression de D. Labetoulle « en termes de droit interne »¹¹. Si, comme va rapidement le montrer l'évolution de sa jurisprudence, le conseil d'Etat initie ici toute une entreprise d'euphémisation du droit administratif, ce n'est pas à partir de la thèse établie par la CJCE, et que la Cour de cassation avait reprise à son compte dès 1975¹², de la *singularité* du droit communautaire. La référence à l'article 55 de la Constitution signifie qu'il n'est fait, en l'occurrence, aucune différence entre les conventions internationales et les traités européens. Ce qu'il s'agit désormais de faire prévaloir dans l'ordre du droit, c'est le système de la hiérarchie des normes telle qu'elle a été pensée par les constituants français. Mais, dans cet espace juridique reconfiguré, le droit communautaire ne se voit reconnaître aucun statut spécial : il n'est qu'une expression parmi d'autres du droit international.

De cette *figure* juridique inédite l'interprétation politique suivante a pu être donnée en doctrine. Avec elle, écrit par exemple R. Chapus, le conseil d'État affirmerait « la souveraineté du droit français ». Le même auteur estime qu'en s'en tenant ostensiblement au contexte juridique national, le juge refuse « la passion supranationaliste qui est une des modes de notre époque »¹³.

Ecriture de l'arrêt

Avec l'affaire *Nicolo* le juge français de l'administration et de l'action publique inaugure bel et bien de nouvelles figures juridiques. On aurait pu s'attendre à ce que le conseil d'État donne à voir, en y *mettant les formes*, le passage d'une jurisprudence à une autre. Or il fait exactement le choix d'une attitude contraire :

⁷ Caractérisation que l'on doit à R. Chapus. V. les différentes versions de son *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien (dernière éd., 2001)

⁸ Selon J-B. Auby, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, AJDA, 2013, p.408

⁹ V. en ce sens O. Cayla, *Le coup d'État de droit ?*, Le Débat, n°100, mai-août 1998, p.108

¹⁰ V. son entretien avec B. Lauzanne, précité, p.135. Image que l'on retrouve dans les propos de M. Gentot parlant, lui, de « retournement » et de « renversement copernicien », *ibid.* p.101

¹¹ Article précité de RFDA, 2014, p.585

¹² V. Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés J. Vabre*, D. 1975, p.497, concl. Touffait

¹³ Formules extraites du manuel précité de l'auteur

au lieu de valoriser le renversement auquel il procède par une écriture appropriée, il s'en tient à une rédaction « plate » et sans panache. Comme s'il avait voulu par cette formalisation discrète banaliser sa décision et la soustraire d'emblée à des débats doctrinaux mais aussi politiques trop bruyants. Cette *stratégie*¹⁴ visant à faire tenir un revirement de jurisprudence aussi sensible dans les seules limites de la technicité juridique n'a guère été couronnée de succès : non seulement elle n'a pas empêché les usages politiques de la décision¹⁵, mais on a pu lui reprocher son manque d'éclat intellectuel¹⁶.

*

Après ces quelques éléments de réponse à la question des formes dans lesquelles le conseil d'État a choisi d'inscrire sa vision nouvelle des rapports entre les traités internationaux et la loi, il importe de s'interroger sur ce qui a pu « informer » l'élaboration de cet autre *point de vue*.

Genèse

Ce thème est fortement documenté¹⁷. Face à un revirement de jurisprudence la doctrine se montre logiquement soucieuse d'en identifier les *ressorts*. Il faut dire qu'en l'occurrence les conclusions du commissaire du gouvernement Frydman lui ont facilité la tâche : elles exposent sans détours tout un système d'explication du nouveau cours jurisprudentiel. De cette démonstration on retiendra que dans le processus de production de l'arrêt *Nicolo* les arguments proprement juridiques se mêlent aux arguments de fait ou d' « opportunité » pour reprendre le terme qu'emploie P. Frydman.

Changement juridique et arguments de droit

Entendons-nous bien sur le sens des présents développements : il ne s'agit nullement d'affirmer que le droit, tel qu'il se présentait en 1989, contenait une sorte de préfiguration de l'arrêt *Nicolo*. Cette décision n'a rien d'une *nécessité*. Elle est bien le produit d'un choix. Mais ce choix a pu bénéficier d'un terrain ou d'une configuration juridique favorable. De l'ensemble des éléments constitutifs de cette dernière, retenons deux phénomènes qui ont grandement contribué à rendre possible la réorientation de la jurisprudence administrative.

¹⁴ A propos de cette notion de « stratégie jurisprudentielle », v. Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p.245 et s.

¹⁵ V. notamment en ce sens l'article de M. Aurillac publié par le journal *Le Monde* daté du 3 novembre 1989 sous le titre *Le dernier verrou de la souveraineté nationale...*

¹⁶ C'est bien le sens de ces remarques de L. Dubouis dans sa note sous l'arrêt *Nicolo* (RFDA, 1989, p.1000) : « Le conseil d'État (...) se refuse à énoncer le principe nouveau qu'il consacre. Le culte de l'ellipse poussé à ce degré ne nuit-il pas au rayonnement de la jurisprudence ? »

¹⁷ V. tout spécialement M. Long, *Genèse de la décision Nicolo*, AJDA, 2014, p.100

a) Le premier est relatif à *l'évolution du statut de la loi*. Lorsque le conseil d'État se détourne de sa jurisprudence antérieure, dite des *Semoules*¹⁸, pour faire prévaloir les conventions internationales, et donc le droit communautaire, sur la loi nationale, le statut juridique de cette dernière a déjà fait l'objet d'une sérieuse *dégradation*.

Jusqu'en octobre 1989 le conseil d'Etat n'a pas cessé de se penser en *serviteur* de la loi. S'il est en charge d'en assurer le respect, il estime n'avoir aucune habilitation à s'en faire *judge*. Même indirectement¹⁹. Certes, le vote de textes prenant des libertés avec les conventions internationales est toujours concevable. Mais ils sont l'affichage d'une volonté politique de la représentation nationale. L'expression juridique qu'elle reçoit à travers la loi n'est pas contrôlable par le juge de l'administration. Prolonger pareille jurisprudence, c'est vouloir faire vivre artificiellement une histoire dépassée du droit dans laquelle la production législative garde valeur de paradigme juridique. Or, ne serait-ce qu'avec le développement du contrôle juridictionnel a priori de la loi dont le conseil constitutionnel se trouve investi, nous n'en sommes plus là ! Dans une très large mesure l'arrêt *Nicolo* vient s'inscrire dans ce mouvement de fond qui transforme la structure même de l'ordre juridique au détriment de la loi.

b) L'autre phénomène juridique édifant est à rechercher dans la jurisprudence administrative elle-même. Sans doute reste-t-elle dominée jusqu'en 1989, de l'aveu même du conseil d'État²⁰, par une certaine réserve - si ce n'est une méfiance certaine - à l'égard du droit communautaire. Elle n'est pas moins *informée* en profondeur par ce dernier. De ce travail souterrain qui n'a pas manqué de *préparer* la rupture de l'affaire *Nicolo*²¹, plusieurs décisions portent les traces. Ainsi d'un arrêt *Société Smanor* du 19 novembre 1896²². Ici, le conseil d'État accepte de se prononcer sur la conformité d'un décret aux dispositions du Traité de Rome, alors que l'acte litigieux est pris sur le fondement d'une loi. C'est encore le cas avec le jugement, le 3 février 1989, de l'affaire *Compagnie Alitalia*²³. Cette fois, le juge procède à une revalorisation globale de la place des directives communautaires dans le système juridique français. Pour cela il fait valoir que les autorités administratives ne peuvent laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives, une fois expirés les délais de leur transposition en droit national.

¹⁸ Parce qu'elle a trouvé son expression dans la décision CE, Section, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules en France*, AJDA, 1968, p.235, concl. N. Questiaux

¹⁹ Sur cette question, v. B. Genevois, *Le conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution*, RFDA, 2000, p.715

²⁰ Les *entretiens* précités rassemblés par B. Lauzanne sont de ce point de vue particulièrement éclairants. V. encore, les Rapports publics du conseil d'État, 1992, *Sur le droit communautaire*, EDCE, n°44, La doc. française, 1993, et, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, EDCE, n°46, La doc. française, 1995

²¹ C'est le point de vue du Vice président d'alors de l'Institution, M. Long. V. son *entretien* dans le document cité supra, p.6

²² V. CE, 19 novembre 1886, *Société Smanor*, AJDA, 1886, p.681, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre

²³ V. CE. Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, RFDA, 1989, p.391, conclusions Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis

Changement juridique et arguments d'opportunité

Sans évocation des conditions de possibilité juridique d'un nouveau cours jurisprudentiel, la genèse de l'arrêt du 20 octobre 1989 ne pourrait être décrite. Cette opération ne dit pas pour autant pourquoi la décision *Nicolo* est alors advenue. La réponse à cette question ne se trouve pas dans le droit stricto sensu. Ainsi que l'affirme le commissaire du gouvernement P. Frydman²⁴ : « ce sont surtout des éléments d'opportunité plus que des arguments de droit qui expliquent le revirement opéré en 1989 ». Dans l'abondant commentaire que les membres de la juridiction administrative ont produit – et continuent de produire - pour éclairer le changement jurisprudentiel, cette référence à l'*opportunité* est récurrente. Elle prend principalement deux formes : la première relève de la stratégie propre à l'institution, l'autre concerne plutôt son identité.

a) *Stratégie institutionnelle*. La jurisprudence dite des *Semoules* qui continuait d'inspirer la « doctrine » du Conseil d'État avait fini par l'installer dans une position particulièrement inconfortable en accentuant son *isolement* sur la scène juridique européenne. En continuant de faire prévaloir la loi nationale postérieure sur le droit communautaire le juge administratif français donnait la fâcheuse impression de demeurer accroché à une représentation périmée de l'Europe et du monde, celle d'avant la globalisation des rapports sociaux. Au fond, l'affaire *Nicolo* va lui offrir l'occasion d'ouvrir le droit administratif à ce nouvel état des choses, par une pleine et entière participation à un jeu juridique communautaire dont il s'était lui-même délibérément exclu²⁵.

b) *Identité institutionnelle*. Ce changement de registre n'a pu se produire qu'au sein d'une Institution elle-même transformée par ce que les commentateurs les plus avisés ont appelé la relève des générations²⁶. Qu'il y ait eu, parmi les acteurs du revirement de jurisprudence, une volonté partagée de transformer l'*image* de la haute juridiction administrative, voilà un fait qui semble bien établi. Lorsqu'ils font état de ce souci, les intéressés eux-mêmes le mettent en relation avec la relève générationnelle qu'a connue l'Institution dans les années 80. Le Juge qui avait produit l'arrêt des *Semoules* n'est plus celui où s'élabore la décision *Nicolo*. Dans les années 70/80 bien des membres du conseil d'État restaient peu formés en droit communautaire et nombre d'entre eux ne débordaient pas d'enthousiasme pour le droit supranational en général²⁷ ! Cette génération-là reste assez largement attachée à ce que J. Massot appelle une conception « sourcilleuse » de la souveraineté nationale²⁸. Mais au moment de l'affaire *Nicolo* elle a quitté le conseil d'État. Et les nouveaux venus sont, eux, formés au droit communautaire, comme ils sont porteurs d'une expérience sociale soutenue par le projet européen.

²⁴ V. son *entretien*, document précité, p.21. Cf. encore ses conclusions déjà citées

²⁵ V. en ce sens les déclarations de D. Combrexelle, *Entretiens*, op. Cit., p.118

²⁶ V. notamment sur ce point les observations de D. Chabanol, P. Frydman, M.Long et J. Massot, *Entretiens*, op. cit.

²⁷ J'emprunte cette formule à D. Labetoulle, *Entretiens*, op. cit., p.34

²⁸ V. son *entretien*, document précité, p.49/50

*

Une fois décrites les principales formes de la jurisprudence *Nicolo*, et après avoir évoqué les conditions de possibilité de son avènement, une question reste ouverte, qui intéresse ses *fonctions* tant pratiques que théoriques. L'interrogation est d'autant plus nécessaire aujourd'hui qu'à l'époque où il a produit son arrêt le conseil d'État n'était certainement pas en mesure d'en évaluer la portée matérielle et intellectuelle.

Portée

Mesurer les effets de notre arrêt trente ans après son avènement n'est pas une tâche simple. Pour la mener à bien il faut au moins se prémunir contre un double risque. Celui de la *banalisation* tout d'abord : elle peut se réclamer de l'écriture même de la décision. La mise en forme ordinaire et volontairement *terne* du texte²⁹ exprimerait le souci du juge de s'en tenir à un pur réagencement technique de son discours. A l'opposé c'est la tentation de la *dramatisation* qui menace : dans ce schéma tout se passe comme si l'arrêt *Nicolo* contenait, par anticipation, tout le mouvement ultérieur d'eupéanisation du droit administratif français. Aucune de ces deux versions n'est conforme à la réalité juridique nouvelle qui résulte du revirement jurisprudentiel de 1989. La première parce qu'elle prétend que l'arrêt du 20 octobre serait moins un évènement inaugural que la suite, logiquement prévisible, de la jurisprudence antérieure. La seconde parce qu'elle procède à une rationalisation *a posteriori* des « enchaînements » jurisprudentiels intervenus à partir de 1989.

Afin d'échapper à ce double « travers » on prendra pour point d'appui cette appréciation de J-P. Costa³⁰ : « (l'arrêt) *Nicolo* a des conséquences juridiques tellement importantes qu'elles deviennent des conséquences politiques ». Elle conduit à décrire ce que l'arrêt a généré dans l'ordre juridique, avant d'en saisir les implications politiques. Acceptons, pour des raisons pédagogiques, de recourir à ce découpage, ne serait-ce que pour en montrer toute la fragilité intellectuelle ! La jurisprudence du conseil d'État rend justement visible la permanence d' *interactions* entre le champ juridique et celui du politique³¹.

Portée juridique

Il est impossible d'en douter, derrière la formulation discrète et neutre de l'arrêt *Nicolo*, il existait bien une forte ambition : agir en profondeur sur un droit perçu comme réfractaire aux injonctions juridiques d'un monde en cours de globalisation. Trente ans après on peut affirmer que cette ambition n'a pas été vaine. Elle a trouvé dans le droit une double inscription, en contribuant à sa manière au changement

²⁹ Cf. supra, les notations sur le forme de l'arrêt

³⁰ V. *Entretiens*, op. cit., p.92

³¹ Sur cette problématique en général, v. J. Caillosse, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2017, spécialement la *Postface*, p.305-341

structurel de l'ordre juridique et en facilitant la promotion d'une nouvelle rationalité en droit administratif.

a) *le changement structurel de l'ordre juridique.*

La jurisprudence *Nicolo* agit notamment de deux manières sur la structure de l'ordre juridique. D'abord, parce qu'en faisant prévaloir les traités internationaux sur la loi française, elle donne enfin aux dispositions de l'article 55 de la Constitution leur pleine raison d'être, et qu'à travers cette opération, l'ordre juridique retrouve une *cohérence* que les manières divergentes de juger de la Cour de cassation et du conseil d'État avaient mises à mal. Ensuite parce qu'avec la décision d'octobre 1989 se trouve confirmée la tendance profonde au déclasserement juridique de la loi³². Concurrencée depuis longtemps par un droit réglementaire qu'enrichit la montée en puissance du pouvoir administratif, la loi n'a pas manqué de subir les rigueurs du contrôle de constitutionnalité ; la voilà maintenant subordonnée au droit international en général et européen en particulier !

b) *la nouvelle rationalité du droit administratif.*

Comme l'objet de ces journées nous y invite, tournons-nous plus précisément maintenant du côté du droit administratif. L'arrêt *Nicolo* y fait entrer les éléments d'une nouvelle *rationalité*. On signale par cette expression qu'un processus de transformation globale est en cours, qui implique indifféremment les techniques et les valeurs du droit concerné. Disons-le autrement, la dynamique juridique déclenchée par l'arrêt de 1989 traverse tout à la fois la technologie et l'« idéologie » de ce droit. On ne peut ici qu'en donner de brefs aperçus, en partant de l'observation de deux mouvements combinés : l'élargissement des territoires de la justice administrative et le processus d'eupéanisation du droit administratif³³.

L'élargissement du champ de la justice administrative. Le conseil d'État a mis plus de vingt ans à quitter la voie qu'il avait ouverte avec sa jurisprudence des *Semoules*. Mais une fois sa sortie effectuée, la transformation de la topographie juridique a été très rapide. Comme si la jurisprudence était emportée par son propre mouvement ! Le juge a fait produire tous ses effets à son choix de 1989, en entrant résolument à son tour dans le jeu du droit communautaire. On voit donc le conseil d'État revenir méthodiquement, pan par pan, sur toute une jurisprudence qu'il avait conçue pour tenir, dans toute la mesure du possible, l'action publique à bonne distance des catégories et de la rationalité propres à la construction juridique européenne. Cette entreprise de recomposition juridique ne peut être reconstituée dans le présent texte. On en retiendra quelques illustrations parmi d'autres. Ainsi, et en toute logique, la décision *Nicolo* allait entraîner le conseil d'État à remettre en cause sa manière de « regarder » les conventions internationales. Il lui a fallu se

³² Evitons toutefois de confondre déclasserement juridique et déchéance politique. La réalité est autrement complexe : les politiques de réforme de l'État ne cessent pas de faire un large usage de l'outillage législatif

³³ Là-dessus, v. par exemple F. Melleray, *Les administrativistes et le droit de l'Union européenne*, dans C. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, p.144 et s.

dépendre de vieilles habitudes qui l'entraînaient à s'en remettre à l'*interprétation* du ministre des affaires étrangères en cas de doute sur le sens du texte. On le voyait mal conserver pareille attitude là où il acceptait de se prononcer sur la lecture donnée par le législateur aux traités internationaux³⁴. Le juge administratif en arrive aussi à se libérer d'une jurisprudence fort décriée³⁵ où s'affirmait une logique nationale contrariant l'effectivité juridique des directives communautaires³⁶. Evoquons enfin, parmi bien d'autres exemples significatifs³⁷, la décision *Arcelor* rendue par l'Assemblée le 8 février 2007 dans laquelle le conseil d'État montre un souci qu'on ne lui avait pas toujours connu de faire valoir le pouvoir d'interprétation du droit communautaire dont se trouve investie la Cour de Luxembourg, afin d'en assurer la plus grande harmonisation sur l'ensemble du territoire de l'Union³⁸.

L'europanisation du droit administratif. De façon plus générale, l'arrêt *Nicolo* devait ouvrir le droit administratif à sa propre mutation culturelle. A défaut d'être donnée par avance, cette transformation devenait au moins possible. Avec les développements évoqués plus haut de la jurisprudence, c'est tout un mouvement d'appropriation du droit communautaire par le droit de l'administration et de l'action publique qui prend corps : le droit positif aussi bien que la doctrine universitaire, après les avoir volontiers décriés, finissent par reconnaître, sinon par célébrer, les *codes* intellectuels du droit communautaire. Pareille mutation mériterait débat³⁹. Il est un peu trop facile d'y voir, comme une certaine doxa s'efforce de le laisser croire, une sorte d'aptitude génétique du droit administratif français à s'adapter à ce qu'on appelle la Modernité. S'il n'est pas discutable que le travail d'europanisation du droit administratif a modifié son identité profonde, c'est à dire sa *substance*, les juristes auraient tort d'ignorer les incidences matérielles de ce changement de paradigme juridique.

Portée politique

Ces dernières remarques disent, s'il en était encore besoin, toute l'artificialité des frontières qu'entretient la pensée juridique entre l'espace du droit et celui du politique. La jurisprudence *Nicolo* ne vaut-elle pas d'ailleurs à elle seule déconstruction de cette ligne de partage ? Les réagencements juridiques auxquels elle procède modifient d'anciens équilibres institutionnels dont l'ordre politique

³⁴ V. CE. Assemblée, 29 juin 1990, *GISTI*, Rec. p.171, conclusions R. Abraham

³⁵ V. CE. Assemblée, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, D. 1979, p.155, conclusions B. Genevois, note B. Pacteau

³⁶ V. CE. Assemblée, 30 octobre 2009, *Madame Perreux*, RFDA, 2009, p.1125, conclusions M. Guyomar, p.1146, note Cassia ; AJDA, 2009, p.2385, chronique S-J. Lieber et D. Botteghi

³⁷ Il faudrait faire une place à l'arrêt Gardedieu (CE. Assemblée, 8 février 2007, AJDA, 2007, p.585, chronique F. Lenica et J. Boucher) par lequel le juge change la jurisprudence relative à la responsabilité de la puissance publique du fait des lois, en admettant qu'elle peut être engagée en cas de non transposition d'une directive par le législateur

³⁸ V. CE. Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, AJDA, 2007, p.577, chronique, F. Lenica et J. Boucher

³⁹ Ce débat a d'ailleurs trouvé une expression au sein même du conseil d'État. V. en ce sens le *Rapport public* pour l'année 1994, précité

lui-même est tributaire. En modifiant sa propre place dans le système institutionnel, le juge donne à voir depuis sa jurisprudence le nouvel Etat du droit administratif.

Le poids accru du conseil d'État dans le système institutionnel. Laissons ici la parole aux acteurs. Les propos du commissaire du gouvernement P. Frydman sont en l'occurrence dépourvus d'ambiguïté : « Cette jurisprudence a été prise pour renforcer le rôle du conseil d'Etat »⁴⁰. Il faut pour ne pas se méprendre sur le sens de cette affirmation, la replacer dans son contexte. A l'origine de la jurisprudence des *Semoules* que le juge remet en cause en 1989 il y avait une réflexion politique. Elle est exposée par Mme Questiaux dans ses conclusions : si le conseil d'État refuse de faire prévaloir les normes internationales sur la loi française, c'est pour ne pas changer la place qu'il occupe dans les montages étatiques. Or celle-ci lui interdit de se faire juge de la loi ! Le choix contraire effectué en 1989 permet de mesurer l'extension, alors pleinement assumée, de son nouveau pouvoir dans l'État. La doctrine universitaire n'a pas manqué de souligner ce changement de statut du juge administratif. Le conseil d'État a-t-on écrit « est infiniment plus puissant – et plus mordant – depuis qu'il a pris le parti de jouer à fond le jeu des engagements internationaux de la France »⁴¹.

Une autre représentation juridique de l'État. Un revirement de jurisprudence est rarement chose banale. Mais celui qu'accomplit l'arrêt *Nicolo* n'est pas un revirement parmi d'autres, comme les autres. Avec lui le conseil d'État ne s'en tient pas à la production d'un nouvel *état* du droit. En faisant évoluer son propre statut institutionnel, il participe à l'édification de ce nouvel *Etat* de droit que la construction européenne rendait nécessaire. L'État que montre la jurisprudence *Nicolo*, c'est celui qui s'est engagé à limiter sa propre souveraineté et qui apprend à s'accepter comme l'un des États constitutifs d'une entité à laquelle il appartient pleinement mais qui le dépasse. Voilà pourquoi on peut affirmer que notre arrêt marque en même temps la fin d'une certaine histoire étatique et l'avènement d'un nouveau monde juridique. Dans ce monde-là, le conseil d'État ne peut s'en tenir au rôle de serviteur de la loi. Il lui incombe en outre de faire respecter la hiérarchie des normes juridiques.

*

**

Au terme de cet exposé, trois conclusions me semblent s'imposer :

1. Aussi sommaire soit-il, l'examen de l'affaire *Nicolo*, tel qu'il vient d'être mené, montre que l'Union européenne s'*institue* par et dans le droit. Elle est indissociable d'un véritable maillage juridique dont l'élaboration suppose un travail permanent d'adaptation des traditions juridiques propres aux États

⁴⁰ Recueil précité d'*Entretiens*, p.31. V. dans le même sens, M. Long, *ibid.*, p.8

⁴¹ V. F. Melleray, ouvrage précité, p.146. Des propos qui font écho à ceux de D. de Béchillon et Ph. Terneyre dans la revue « Pouvoirs », précitée, p.113 : « L'expérience a donc enseigné au juge administratif que l'orthodoxie européenne était de nature à le renforcer et à muscler son office bien plus sûrement que l'attitude contraire ».

membres ou, pour le dire plus brutalement, un processus de *dénationalisation* des droits nationaux.

2. Il ne fait guère de doute qu'avec l'élargissement et le renforcement du droit jurisprudentiel européen, les acteurs nationaux se trouvent de plus en plus soumis à des règles et des principes communs. Pour autant l'état présent de la jurisprudence ne saurait être confondu avec celui des politiques publiques : une chose est d'étudier le droit dans le prisme de la jurisprudence administrative, comme cela vient d'être fait dans les pages précédentes, une autre serait d'interroger les manières administratives et politiques d'agir dans le cadre de l'Union européenne. L'europanisation des droits administratifs nationaux n'efface pas les difficultés que rencontre l'Europe politique. Il est vrai qu'à travers l'ordre juridique de l'UE et ses relais nationaux, c'est aussi un projet politique qui prend corps...
3. Enfin, ne manquons pas de rappeler, la suprématie conférée aux engagements internationaux sur la loi nationale n'empêche pas que, dans l'*ordre juridique interne*, la Constitution continue de prévaloir sur ces mêmes engagements internationaux⁴². Comme a pu l'écrire M. Troper : « Il n'y a aucun système qui ferait de la conformité des normes constitutionnelles à des normes du droit international une condition de leur validité »⁴³.

Août 2019

Jacques Caillosse

CASE OF NICOLO – STATE COUNCIL, ASSEMBLY, 20 OCTOBER 1989

The State Council has for a long time acknowledged the primacy of international contracts, in particular contracts of the European Union, exclusively over the laws passed earlier. In retrospect after the decision of the Constitutional Council Val d'Oise elections (Elections du Val d'Oise) and accepting the conclusions of public reporter Frydman, the State Council changed its court practice with the Nicolo judgement acknowledging the primacy of contracts of the European Union, as well as classic international contracts, even over laws passed after them. Furthermore, in contrast to Kasacian Court judgements, explanation of the State Council neglects the argument of the specifics of European constitutional order and only calls upon article 55 of the Constitution stating the reciprocity clause. Thereby the administrative judge je recognised the primacy of European acts of secondary law, i.e.: regulation, directive, and general principles of European law.

Key words: *case of Nicolo, State Council, primacy of European acts*

⁴² C'est tout le sens de la jurisprudence *Sarran*. V. CE. Assemblée, 30 octobre 1998, *MM Sarran et Levacher et autres*, RFDA, 1998, p.1081, conclusions C. Maugué, note D. Alland ; RDP, 1999, p.919, note J-F. Flauss. Cf. aussi, C. Maugué, *L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité*, Les Cahiers du Conseil consti., n°7/1999, p.87

⁴³ V. M. Troper, *La Constitution comme système juridique autonome*, Droits, n°35/2002, p.66